



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LA REGOLAMENTAZIONE DELLA RETE
PER LA TELEFONIA FISSA**

Relatore:

Chir.ma Prof.ssa

Michela Passalacqua

Candidato:

Tommaso Buratti

ANNO ACCADEMICO 2013/201

Dedicata a: *Giuliana, Mario, Geo e Roberto*

È con immensa stima che intendo ringraziare la Professoressa Michela Passalacqua per il contributo prestato nella correzione della tesi e per avermi fornito gli spunti necessari per la sua compilazione. Colgo l'occasione per ringraziare tutti i Docenti del corso A della Facoltà di Giurisprudenza di Pisa, i quali, miei Maestri, mi hanno trasmesso i valori che l'Università dovrebbe sempre fornire. Ringrazio infine la mia famiglia per il supporto economico e morale.

LA REGOLAMENTAZIONE DELLA RETE
PER LA TELEFONIA FISSA

Indice

| | |
|---------------------|---|
| <i>Introduzione</i> | V |
|---------------------|---|

Capitolo I

La disciplina delle reti

| | |
|---|----|
| 1. Il concetto di rete | 1 |
| 2. Le reti come beni pubblici | 6 |
| 3. Accesso, interconnessione ed interesse pubblico | 9 |
| 4. La rete come risorsa essenziale | 15 |
| 5. Il caso delle reti di comunicazioni elettroniche | 22 |
| 6. La disciplina comune | 26 |
| 7. L'evoluzione del diritto comunitario delle telecomunicazioni | |
| 7.1 Le tre fasi dell'evoluzione | 29 |
| 7.2 La graduale apertura dei mercati 1988-1993 | 30 |
| 7.3 La completa apertura dei mercati 1993-1999 | 36 |
| 7.4 La riforma del quadro giuridico comunitario 1999 | 39 |

| | |
|---|----|
| 8. La disciplina comunitaria, direttiva quadro 2002/21 | 42 |
| 9. Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano | 49 |
| 9.1 Scelta del modello concorrenziale: <i>ladder of investment</i> o <i>equality of access</i> | 60 |

Capitolo II

La regolazione della rete telefonica nell'ordinamento nazionale

| | |
|--|-----|
| 1. Vicende evolutive delle telecomunicazioni nell'ordinamento costituzionale italiano | 67 |
| 2. L'art. 43 della Cost | 70 |
| 3. Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999: si poteva fare meglio? | 79 |
| 4. Il decreto legge n. 332 del 31 maggio 1994 | 88 |
| 5. La disciplina della <i>Golden share</i> | 92 |
| 5.1 La sentenza della Corte di Giustizia, del 6/12/2007, C-464/04 | 104 |
| 5.2 La Sentenza della Corte di Giustizia, del 26/3/2009, C-326/07 | 109 |
| 6. Natura strategica delle reti di comunicazione e tutela degli interessi pubblici | 119 |

Capitolo III

Il caso Telecom

| | |
|---|-----|
| 1. Dall'azienda di Stato alla Società Italiana Per l'Esercizio Telefonico | 135 |
| 2. Da SIP a Telecom | 141 |
| 3. La privatizzazione del 1997 | 145 |
| 4. Le vicende successive al 1997: attuazione della liberalizzazione | 151 |
| 5. Telecom nel mercato liberalizzato: gli abusi di posizione dominante | 162 |

Capitolo IV

Gli interventi per introdurre e tutelare la concorrenza

nel settore della telefonia fissa

| | |
|--|-----|
| 1. L'accesso alla rete | 170 |
| 1.1 Considerazioni sullo scorporo della rete di Telecom Italia | 181 |
| 2. L'interconnessione | 189 |
| 2.1 Analisi dei mercati e regolazione dell'interconnessione | 197 |

| | |
|---|-----|
| 3. Le modalità di utilizzazione della rete e gli effetti sulla concorrenza | 201 |
| 4. Misure per la tutela della concorrenza | 210 |
| 4.1 L'apertura dell'ultimo miglio | 215 |
| 4.2 La <i>carrier selection</i> e la <i>carrier preselection</i> | 224 |
| 4.3 Le linee affittate | 228 |
| 4.4 La portabilità del numero e il riordino della numerazione | 234 |
| 4.5 Gli interventi sulle tariffe e sui prezzi della telefonia fissa: <i>il price cap</i> | 239 |
| 5. Il servizio universale | 250 |
| 6. Profili comparativi: <i>British Telecom</i> | 261 |
| Conclusioni | 277 |
| Bibliografia | 284 |
| Atti dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni | 301 |

Introduzione

Con il presente lavoro di tesi si cercherà di analizzare il termine rete, che nella sua accezione minima indica un sistema composto di parti o segmenti collegati fra loro attraverso nodi, che consente il flusso, la movimentazione di uno o più elementi secondo logiche e/o seguendo corsi di iterazione e intermediazione più o meno determinati o determinabili, ma tendenzialmente flessibili. Non sarà certamente possibile, né utile, elencare gli impieghi del termine rete in tutte le discipline del sapere, a partire dagli usi nelle lettere o nell'arte della pesca, certamente il più diffuso nell'antichità, sino ai giorni nostri e ad Internet. Ci interessa piuttosto muovere da un'analisi dell'uso che di esso è stato fatto nelle scienze sociali, per inquadrare la riflessione giuridica nel suo ambito proprio. L'interesse dello studio è cioè quello di comprendere se anche nel diritto possa darsi un'eguale rilevanza alla rete; se cioè anche in tale ambito si sia registrato quel passaggio da una visione statica, materialistica del “bene” rete, ad una metaforizzazione del “concetto” di rete, con impieghi metodologici ed euristici eventualmente nuovi.

Muovendo da qui, una classificazione utile ai fini della riflessione giuridica in esame è pertanto quella che distingue le reti in base al supporto preminente utilizzato per la circolazione e la connessione. In tal modo, è possibile ripartirle in: “reti fisiche” o infrastrutturali, ove assume rilievo il sostrato materiale che consente la fornitura di un servizio; “reti virtuali”, ossia quelle reti di comunicazione, generate dalla convergenza tecnologica tra computer, telecomunicazioni e mass media nelle quali, nascono ed operano comunità virtuali, appunto; e “reti istituzionali”, ossia quell’insieme di persone o organizzazioni il cui collegamento consente, attraverso la circolazione di informazioni, di svolgere compiti di collaborazione, cooperazione o osservazione, volti ad un medesimo obiettivo: il raggiungimento di una decisione cooperata.

La presente tesi si occuperà, in particolare, della categoria delle “reti fisiche”, con un’accentuata preminenza per le reti di telecomunicazioni fisse.

La domanda principale di questo lavoro è comprendere quale sia il ruolo delle reti di telefonia fissa nel diritto.

Una prima autorevole presa di posizione muove dal piano sistematico e sostiene che l’uso del termine rete nel diritto

rappresenti una figura retorica, rete è una “metafora”. La dottrina si è occupata a lungo di reti: storicamente la tematica delle reti in ambito giuridico è stata inquadrata in quella dei servizi pubblici a rete. L’attenzione del diritto, cioè, ha riguardato specialmente il regime giuridico delle reti fisiche; una scelta comprensibile proprio per la natura funzionale delle infrastrutture a rete rispetto alla fornitura dei servizi alle collettività locali.

Ciò che sorprende, e che evidenzia la difficoltà della trattazione, è che la rete non sia assunta ad oggetto di una disciplina giuridica sistemica; la rete fisica, non è in quanto tale catalizzatore, non è una fattispecie. Nel diritto, cioè, l’attenzione prestata alla rete è del tutto subordinata ai servizi che essa offre.

Sono specialmente le norme di fonte comunitaria che promuovono, a partire dagli inizi degli anni Novanta del 20° secolo, la liberalizzazione dei servizi pubblici a rete che hanno cura di dettare norme specifiche per le reti fisiche.

La separazione fra rete e servizio voluta dal diritto comunitario delle liberalizzazioni è il vero momento genetico del diritto delle reti; l’autonomizzazione della rete come oggetto di disciplina, è l’evento catalizzatore.

Scopo di questo lavoro è dunque quello di indagare la possibilità dell'affermarsi di un "diritto delle reti", con riferimento specifico a quella fisica di telefonia fissa, onde individuarne i caratteri fondamentali. Il passaggio dal "diritto dei servizi pubblici a rete" ad uno "delle reti" richiede anzitutto uno studio degli effetti che la liberalizzazione di fonte comunitaria di questi servizi ha prodotto sulla disciplina delle reti. In questo quadro, sarà necessario un preliminare inquadramento della tematica delle reti nell'ambito di due filoni: quello di respiro tutto comunitario e quello, condiviso dall'ordinamento nazionale, delle disposizioni di liberalizzazione. Successivamente, sarà proposta un'analisi del ruolo della rete nel diritto nazionale.

Nella Parte II sarà anzitutto approfondito uno specifico aspetto delle liberalizzazioni: quello delle disposizioni sulla separazione fra rete e servizio. È infatti con queste che la rete si autonomizza emancipandosi dal servizio.

Muovendo poi dall'analisi della normativa nazionale di liberalizzazione dei servizi pubblici a rete, decreto legge n. 332 del 31 maggio 1994, saranno svolte alcune considerazioni sulla disciplina della *Golden share*. La Parte II si chiuderà con

un'indagine sulla strategicità delle reti di comunicazione elettroniche, valutando l'impatto delle nuove tecnologie di settore con la tematica del trattamento dati.

La Parte III illustrerà l'evoluzione storica della società Telecom Italia, partendo dalle origini del servizio di telefonia fissa, percorrendo, quindi, tutte le tappe dell'evoluzione che hanno portato all'odierna situazione, e terminando con un'elencazione delle sanzioni che Telecom ha subito per abuso di posizione dominante in violazione della normativa comunitaria.

La disamina vera e propria dei regimi relativi all'organizzazione del mercato della rete telefonica fissa sarà compiuta nella Parte finale, ove si terranno distinti gli aspetti relativi all'introduzione della concorrenza, come l'accesso, l'interconnessione; da quelli per così dire *dinamici*, relativi al mantenimento, nel settore trattato, della concorrenza.

Così costruito il “*data base*” del “diritto delle reti”, la riflessione si concentrerà sugli aspetti per così dire finalistici, vale a dire sul ruolo (fondamentale) del servizio universale, in quanto vero tratto caratterizzante del “diritto delle reti”; e sarà gettato lo sguardo anche sul settore della telefonia fissa nel Regno unito in modo da

rendere più omnicomprensiva e completa possibile l'analisi di settore.

Nelle Conclusioni si tenterà una teorizzazione del “diritto delle reti” tirando le fila delle principali conseguenze del suo affermarsi. Se ne ricercherà il fondamento nella funzione di “connessione” (realizzata attraverso i diritti di accesso e di interconnessione) e si verificherà la possibilità di generalizzarlo onde poter predicare l'affermarsi di un diritto “della” rete.

Capitolo 1

La disciplina delle reti

1. *Il concetto di rete*

Il tema delle reti costituisce un oggetto di riflessione di nascita molto recente ma, da subito, si impone alla scienza con la complessità e la severità proprie più di un tema classico che di un tema alla moda.

Sempre maggiore è l'attenzione che ad esso la dottrina va dedicando, riconoscendovi molteplici profili di interesse non riconducibili, con immediatezza, ad un definito campo delle partizioni tradizionali della sua scienza.

Vi è una certa consapevolezza della trasversalità dell'argomento: se non altro per il fatto che, in fondo, la sua stessa collocazione sistematica all'interno del diritto amministrativo pare messa in discussione dall'importanza che ad esso viene attribuita, ad un tempo, dal diritto privato¹.

¹ Il mutamento di prospettiva imposto dalla nozione di rete è evidenziato da G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario* 2003,

V'è di più. L'approccio giuridico al problema non può prescindere dall'esperienza offerta dal bagaglio culturale delle scienze economiche, non solo nell'opera di interpretazione del senso e delle *rationes* di gran parte delle norme di riferimento, ma anche nella riflessione sul proprio metodo, nella rivisitazione di concetti tradizionali, di cui viene sottoposta alla *experimentum crucis* l'attualità, anche mediante l'accostamento ad omologhi nati e sviluppatisi all'interno del prossimo sistema scientifico².

Ma, prima di tutto: cosa è una rete?

La questione è già grave, perché la risposta non può essere fornita prendendo le mosse dal piano del reale. L'entità che i legislatori, comunitario e nazionale, definiscono "rete", nei vari settori di disciplina in cui il termine assume rilevanza, può essere materiale, individuabile con unitario criterio naturalistico, o astratta, un complesso di beni ed utilità ridotti ad unità per l'afferenza ad una comune attività, struttura, funzione.

pp. 29 ss; B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune sul mercato e servizi a rete*, *ibidem.*, pp. 333 ss.

2 D. VELO, *Diritto ed economia alla prova dell'oggettivazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, I, 2005, pp.132 ss.

Ed anche ove di rete si possa parlare facendo riferimento ad un dato materiale della realtà, l'oggetto del discorso rimane, pur sempre ed esclusivamente, una astrazione giuridica.

Non è recente, infatti, l'attenzione del legislatore per la disciplina delle linee telefoniche, lo è invece l'uso della locuzione "rete", ed il suo conseguente fungere da collante tra i settori in cui assume rilevanza³.

È, allora, nella corretta comprensione dell'evoluzione della realtà nota verso una nuova forma giuridica che, probabilmente, possono rinvenirsi i dati di partenza per la costruzione di un metodo all'analisi che si introduce.

Le reti divengono oggetto di attenzione della legislazione comunitaria all'indomani della trasformazione dei settori noti all'esperienza italiana come servizi pubblici a carattere economico⁴: alla rivoluzione del quadro di regole e principi fondamentali disciplinanti l'erogazione di servizi come energia elettrica, gas, telecomunicazioni, fa da *pendant* l'introduzione di un complesso di norme volto a rendere effettivi i principi di nuova nascita, anche

3 E. CARDI, *La nozione di rete*, in *cit.* pp.13 ss.

4 G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, I, 2000, pp. 29 ss; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, pp. 371 ss; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, pp. 283 ss.

mediante la disciplina dei rapporti giuridici aventi ad oggetto le infrastrutture strumentali all'erogazione di quei servizi o che di queste ne presuppongono l'esistenza.

Anteriormente a questo momento, la relazione di perfetta corrispondenza tra servizio pubblico, natura pubblica del soggetto erogatore e struttura monopolistica del relativo mercato, risolveva il problema delle infrastrutture strumentali all'erogazione del servizio all'interno della più ampia tematica dei beni pubblici, trovando il cardine della disciplina di riferimento nel modello di cui gli art. 822 e ss. c.c.

Nella tradizione giuridica del diritto italiano, nata in costanza della titolarità pubblica delle strutture e delle attività funzionali all'erogazione dei servizi pubblici economici, il potere dominicale che lega il servizio pubblico-ente ai beni di cui questa si avvale nello svolgimento della propria attività è insomma, a sua volta, connotato di pubblicità.

Il Codice, oltre a qualificare in via diretta come beni demaniali determinate categorie di *res* appartenenti allo Stato e contraddistinte dall'essere strumentali all'erogazione di servizi pubblici, dispone che appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti

territoriali minori qualsiasi bene che sia destinato, dal primo o dai secondi, ad un pubblico servizio.

La dottrina ha nel tempo ricostruito sistematiche dei beni pubblici alternative e, per la gran parte, orientate a dimostrare l'esistenza di un regime trasversale comune ai beni demaniali e ai patrimoniali indisponibili, anche attraverso la ricostruzione dei frammentari regimi speciali dettati per singoli beni⁵.

Le conseguenze giuridiche dell'afferenza del bene ad una delle categorie delineate sono identificabili con la limitazione delle facoltà di godimento e disposizione del titolare dei beni stessi e con la sottrazione di questi ultimi all'ambito della garanzia generica per le obbligazioni assunte⁶.

Sul piano effettuale, infatti, le categorie dell'incommerciabilità e del vincolo di destinazione sono produttive di regimi fungibili.⁷

I beni destinati a pubblico servizio sono quindi, nel sistema del c.c., tanto incommerciabili quanto vincolati allo scopo cui vengono asserviti dall'ente proprietario⁸.

5 M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 80 ss.

6 La correttezza della formulazione di tale assunto presuppone, la preliminare adesione alla tesi che vuole la proprietà pubblica essere una *species* del *genus* "proprietà". In questo senso V. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, pp. 257 ss. Per la tesi contraria V. CAPUTI JAMBRENGI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 61ss.

7 V. CERULLI IRELLI, *Beni Pubblici in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, pp. 290 ss.

Quando, all'inizio degli anni '90, prende avvio la privatizzazione dei principali enti ed aziende statali questo schema lineare entra in crisi⁹.

2. Le reti come beni pubblici

Un primo approccio ricostruttivo della recente disciplina dettata in materia di reti prende le mosse dalla dichiarata necessità di attribuire un significato al silenzio mostrato dal c.c. in relazione a beni destinati ad un servizio pubblico, ma appartenenti ad un soggetto privato.

Tale indirizzo vede nella distinzione tra privatizzazioni formali e privatizzazioni sostanziali la chiave di lettura la permanenza dei vincoli che nel modello oramai abbandonato derivano al titolare dal suo essere soggetto pubblico e dal formale riconoscimento legislativo di pubblicità del bene stesso¹⁰.

8 Per meglio dire, l'incommerciabilità diviene una conseguenza necessaria del vincolo di destinazione, V. CERULLI IRELLI, *Beni Pubblici in cit.*, p. 292.

9 Sul punto si veda ampiamente M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, pp. 109 ss.

10 M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, op. cit., pp. 109 ss.

Come la società derivate dalla trasformazione dei principali enti pubblici economici sono carenti del solo profilo soggettivo-formale di pubblicità, allo stesso modo sarebbe solamente formale la privatizzazione dei beni pubblici introdotta dalla legislazione degli ultimi anni.

La tesi mira, da un lato, a dimostrare che la dismissione dei beni pubblici in favore di soggetti privati non equivale alla mera riconduzione dei diritti su di essi all'ambito della disciplina comune della proprietà; dall'altro, assume la persistenza di tratti di specialità all'interno del paradigma codicistico dell'indistruttibilità dallo scopo.

Non può affermarsi che l'omessa contemplazione di ipotesi di destinazione a servizio pubblico di un'attività privata sia indice chiaro di alcuna scelta escludente del legislatore del 1942: all'epoca dell'approvazione del c.c., questa sarebbe stata una contraddizione in termini, poiché la stessa idea di pubblicità in senso oggettivo del servizio pubblico era ben lontana dal trovare accoglimento.

Da qui la conclusione che dalla teoria illustrata deriva: che cioè sia avvenuto un processo di oggettivazione del concetto di

pubblicità dei beni, il quale prescinde dalla riserva di proprietà o dall'assetto dominicale che interessino i beni medesimi.

L'oggettivazione della categoria dei beni pubblici consentirebbe la riconduzione a sistema del nuovo diritto speciale dei beni privatizzati¹¹.

Il fenomeno della privatizzazione degli enti e dei beni destinati a un pubblico servizio viene letto insieme alla coeva tendenza della legislazione più recente, volta alla dismissione di beni da parte dello Stato.

La destinazione pubblicistica è rilevata, dalla dottrina che vede una nuova pubblicità oggettivizzata delle reti, anche dagli obblighi di varia natura che le direttive comunitarie in materia di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale dispongono a carico dei titolari di infrastrutture essenziali, obblighi che si concretano in una limitazione del potere di fruizione del bene e nell'attribuzione di una posizione giuridica di vantaggio alle imprese che intendano operare in quel settore. In sintesi, obblighi di accesso o di interconnessione.

11 G. NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato S.p.a.*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 251 ss.

3. Accesso, interconnessione ed interesse pubblico

Il termine accesso designa il fenomeno della fruizione, da parte di chi intenda esercitare un'attività economica in un determinato mercato, di una rete, appartenente ad un diverso proprietario ma indispensabile al fine della realizzazione dell'iniziativa economica. La valenza della locuzione è duplice: con essa si fa riferimento tanto alla fisica ammissione alla fruizione di una risorsa, quanto al fatto che tale fruizione rappresenta la *condicio sine qua non* per partecipare al gioco della concorrenza sul mercato¹².

Con il termine interconnessione si fa riferimento, invece, all'operazione di collegamento tra due mercati di servizi, mediante la giunzione operata tra le reti appartenenti a due diversi operatori.

Essa è una ipotesi particolare di accesso, in quanto, dei due imprenditori tra cui si realizza, uno opera già su ciascuno dei mercati che, con l'interconnessione, vengono congiunti.

¹² Sul riferimento dell'accesso alla rete in senso stretto alla libertà di accedere al mercato veda M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza Regole*, II, 2001, p. 373.

In entrambi i casi ha luogo un fenomeno in cui il proprietario di una infrastruttura concede a terzi l'uso della stessa perché questi ne fruiscono a scopo di profitto.

La legislazione di matrice comunitaria contempla altresì ipotesi in cui lo stesso effetto può essere imposto dalle Autorità amministrative di regolazione: mediante l'esercizio di un potere edittale volto a stabilire, *ex ante*, quali operatori siano soggetti ad obblighi a contrarre, o a sanzionare *ex post* l'illegittimo rifiuto opposto alla richiesta di un concorrente.

Sarebbe proprio la possibilità di siffatti obblighi da parte del proprietario a dimostrare la limitatezza dei suoi poteri dominicali e la permanenza per le reti di un regime speciale assimilabile a quello dettato dal c.c.¹³, già proprio del bene pubblico destinato a pubblico servizio.

La necessità che l'accesso alla rete o l'interconnessione vengano realizzate mediante l'imposizione di obblighi al titolare ha un triplice fondamento.

Il primo è che il soggetto proprietario non abbia come proprio fine quello di consentire ad altri l'uso dell'infrastruttura; il secondo

13 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2008, pp. 253 ss.

è che il titolare della rete possa negare l'accesso a chi lo richiede; il terzo è che l'attività prestata da entrambi i soggetti abbia ad oggetto la rete.

Il titolare della rete dispone della rete come meglio crede, al fine di perseguire il proprio interesse individuale.

Se, infatti, la disciplina comunitaria in materia di accesso ed interconnessione presuppone che l'*incumbent* possa operare, *sic et simpliciter*, come un'impresa, i provvedimenti di privatizzazione non recano segno di compiti ulteriori che i nuovi soggetti privati debbano perseguire, rispetto a quelli rientranti nel comune oggetto di un'attività d'impresa.

Una prima precisazione è necessaria: sostenere che il bene "rete" sia permanentemente soggetto ad un vincolo di destinazione oggettivamente pubblicistico comporta sì una dissociazione tra natura pubblica del bene e natura privata del titolare; ma, su quello sostanziale, l'assunto comporta anche la dissociazione tra la destinazione pubblica del bene e lo scopo perseguito dall'attività del proprietario.

Se nel vecchio sistema il pubblico interesse cui la disciplina del bene era asservita poteva, di volta in volta, essere individuato

tra le stesse attribuzioni del soggetto titolare, oggi è indispensabile innanzitutto scovare *aliunde* un interesse pubblico di riferimento per verificare se possa essere riferito alla rete un carattere di necessaria e stabile destinazione a quel fine, protetto mediante l'insieme degli obblighi imposti al suo gestore.

Quelli in materia di accesso ed interconnessione, non sono che una parte degli obblighi che gravano sulla gestione della rete.

Proviamo, allora, a definire le classi generali di tali vincoli per verificare se esse siano accomunate da una medesima *ratio iuris*.

Tra le norme dettate dal legislatore comunitario spiccano quelle il cui scopo primario è stabilire il regime di accesso delle imprese al mercato della prestazione di alcuni tra i più importanti servizi a rete nazionale¹⁴.

Allo stesso tempo, la Comunità ha avvertito la necessità di tenere in considerazione la rilevanza politica che viene attribuita da molti ordinamenti nazionali alle prestazioni ora offerte sui mercati in via di liberalizzazione.

Il servizio universale è, insomma, il baluardo di un differente accesso, quello dell'utenza alle prestazioni essenziali, ed è

14 M. RAGUSA, *Reti e Servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Giustizia amministrativa*, I, 2007, p. 239.

connotato da indole adattiva: esso dovrebbe evolvere ai fini di rispecchiare il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e la domanda degli utenti¹⁵.

Per definire l'interesse pubblico cui le reti sarebbero stabilmente destinate, è necessario tenere in considerazione l'intero complesso dei fini cui la legge orienta l'attività di regolazione.

Un primo, metodo che consente di ricondurre ad un alveo comune tanto le funzioni di regolazione, quanto quelle protese alla garanzia del servizio pubblico, proviene dall'analisi economica¹⁶.

Da un lato i settori considerati si caratterizzano per una strutturale insufficienza del livello di concorrenza: gran parte di essi sono ancora qualificabili come monopoli naturali. Tale carattere deriva dai settori di pubblica utilità proprio dal fatto che l'erogazione degli stessi presuppone una struttura, la rete, la cui duplicazione si tradurrebbe in una scelta economicamente inefficiente.

D'altro canto i servizi di pubblica utilità, la cui erogazione è stata assunta dallo Stato prima della metà del XX secolo, sono

¹⁵ È un concetto spesso sottolineato nei provvedimenti normativi e negli atti di indirizzo: per la formulazione richiamata nel testo si veda il 1° considerando della Direttiva 02/22/CE del 7/3/2002.

¹⁶ J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003, pp. 56 ss e 187 ss; ID, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992, pp. 56 ss.

interessati da valutazioni di equità distributiva che ne condizionano la produzione sul piano della quantità e del prezzo.

Le notazioni che precedono sono idonee a spiegare in modo nitido l'assetto che i servizi pubblici a rete avevano in Italia anteriormente all'impatto comunitario: lo Stato riservava a sé il monopolio naturale presupposto dall'attività di pubblico servizio in quanto quell'attività non avrebbe potuto essere svolta da un privato, se non a costo del pregiudizio dell'utenza.

Ma la reazione ai *market failures* che propone il nuovo quadro di disciplina è più articolata e variabile. Si è ritenuto di poter creare la concorrenza in settori economici che non l'ammettono per propria natura.

Si è affermato così il principio di separazione tra rete e servizio: poiché titolare della rete è la stessa S.p.a. risultata dalla trasformazione di un ente pubblico si è imposto agli stati di procedere alla distinzione tra il mercato del servizio e il mercato dell'accesso alla rete.

Dall'altro lato, con il concetto di servizio universale, si è introdotto un criterio cardine per definire in modo chiaro l'ampiezza della maglia rappresentata, nel diritto della concorrenza,

dall'art 86 par. 2 del Trattato di Roma, ma si è anche dato crisma ufficiale alla necessità di soddisfazione di interesse la cui cura è imposta all'attività economica privata.

Il concetto ha, cioè, lo scopo di definire un livello di efficacia da assicurare i consumatori finali, indipendentemente da quello che abbia raggiunto sul mercato¹⁷.

4. *La rete come risorsa essenziale*

A quanti interessi pubblici è destinata una rete?

L'aver ipotizzato un'identità di fini tra vecchia titolarità e nuova regolazione suscita un sospetto non peregrino: l'interesse pubblico che abbiamo assunto essere identico definisce solo l'obiettivo ultimo a cui le regole codicistiche e l'odierno paradigma normativo dell'azione regolativa tendono: un obiettivo dai tratti tanto generali da identificare il fine ultimo dell'attività amministrativa nel suo complesso¹⁸.

17 N. LUHMANN, *Teoria politica dello Stato del Benessere*, Milano, 1983, pp. 58 ss.

18 Per il modello dell'approccio, fornito dalle scienze economiche, c. in particolare J. F. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003, pp. 56 ss; ID, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1989, pp. 57 ss.

Tuttavia, mentre la destinazione pubblica dei beni in proprietà pubblica presuppone la coincidenza tra questo fine e la qualificazione giuridica dell'attività svolta per mezzo di quei beni, le limitazioni introdotte dalla recente legislazione ai poteri del titolare d'infrastruttura sembrano indice della vigenza dell'assioma quasi opposto: come risulterà dall'analisi del settore delle comunicazioni elettroniche, esse sono tutte soggette ad un rigido canone di proporzionalità, rispetto al quale la stabilità della destinazione della rete rappresenterebbe un ostacolo alla cura degli interessi tutelati.

Vale a dire che il regime della destinazione pubblica necessaria pare piuttosto un metodo: un metodo dismesso al pari del dogma della coincidenza tra servizio pubblico ed ente pubblico.

E ci è stato insegnato che il problema della pretesa destinazione pubblica del bene può rimanere irrisolto: gli obblighi imposti dalla disciplina di liberalizzazione trovano ordine all'interno del diritto comune della concorrenza¹⁹.

È noto che la previsione normativa di obblighi di accesso e interconnessione ripropone una tecnica di origine statunitense che,

19 G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 42 ss.

nel diritto *antitrust*, individua e risolve un ipotesi di conflitto tra libera iniziativa economica e concorrenza efficiente.

L'essential facility doctrine (EFD)²⁰ è quella teoria che ammette limitazioni del potere di mercato che ad un operatore economico deriva dall'essere titolare di una risorsa scarsa, in favore di altri imprenditori operanti nel medesimo settore. Può dirsi che ogni qualvolta un soggetto disponga di una risorsa economica di cui sia impossibile la duplicazione e alla cui fruizione un concorrente aspiri per accedere al mercato su cui opera il titolare della stessa, l'uso della risorsa può essere concesso anche contro la volontà del proprietario²¹.

La disciplina dei rapporti giuridici intersoggettivi tra operatori economici offre la chiave di lettura anche del sistema degli obblighi che consente un uso comune della rete sul mercato derivante dalla sua destinazione ad uno scopo e implicante un regime di asservimento necessario dello stesso²².

20 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., pp. 259 ss.

21 Sul punto vedi D. DURANTE, G. G. MOLGIA e A. NICITA, *La nozione di Essential Facility tra Regolazione e Antitrust. La costruzione di un test*, in <http://www.econ-pol.unipi.it/docenti/nicita.html>, 2000.

22 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 260.

La rete è una risorsa essenziale, la cui negoziazione è regolata affinché non venga adibita, dal titolare, a strumento offensivo nei confronti dei concorrenti.

Se il parametro di intervento dei poteri regolatori della concorrenza ha un intensità inversamente proporzionale al grado di evoluzione competitiva del mercato, quanto più quest'ultimo si approssimi al modello di concorrenza perfetta, tanto più la disciplina regolatoria dovrebbe recedere in favore di una più libera competizione²³.

Ove la legge impone al gestore della rete un obbligo di accesso, essa lo fa in un'ottica di valori a carattere relativo: l'obbligo è imposto perché la posizione dell'*incumbent* è una posizione dominante idonea a degenerare in abusi pregiudizievoli per i concorrenti, non perché assume la necessità che la rete venga destinata a uno scopo di pubblico servizio²⁴.

Né varrebbe obiettare che il vincolo di destinazione corre tra il bene ed un rinnovato interesse pubblico, rappresentato dall'interesse alla concorrenza, o che, nel definire la destinazione a

23 F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario* 2001, Milano, pp. 63 ss.

24 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, p. 261.

pubblico servizio del bene, è il mutamento della fisionomia di tale scopo ad imporre la revisione del vecchio sistema²⁵.

Sotto il primo profilo è sufficiente osservare che le esigenze di riequilibrio delle posizioni dei concorrenti non sono prerogativa del mercato dei servizi a rete e valgono ad assoggettare ad uso altrui risorse di un'impresa ogni qualvolta l'uso esclusivo delle stesse possa essere d'ostacolo all'equilibrio tra gli operatori economici su un settore di mercato²⁶.

L'*essential facility doctrine* non è una teoria nata in ambito di *public utilities*, né ad esso esclusivamente si rivolge nelle applicazioni che riceve dall'ordinamento²⁷.

Ignorando tale rilievo si giungerebbe alla necessità di ampliare a dismisura la categoria dei beni pubblici, dovendovi ricomprendere tutti quelli che siano di volta in volta interessati da interventi in funzione *antitrust*²⁸.

25 La dottrina che, ha costruito un sistema interpretativo interamente incentrato sul concetto di destinazione pubblica sottolinea che la "destinazione all'uso pubblico [...] non può essere confusa con la destinazione a pubblico servizio. Nel primo caso il bene assolve principalmente il compito di consentire un'utilizzazione diretta da parte della collettività; nel secondo caso serve invece alla P.A., la quale ne usa per l'esercizio di una propria attività. In questo senso vedi, S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, p. 27.

26 M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2001, pp. 570 ss.

27 Si veda la decisione dell'AGCOM dell'8/10/1998, sull'applicazione dell'EFD alla Rete Nazionale Interbancaria.

28 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, p. 261.

La descrizione del fenomeno in termini intersoggettivi, invece, consente di ricondurre l'intero insieme dei poteri esercitati sulla rete alla clausola generale dell'obbligo a contrarre²⁹.

In relazione al secondo rilievo, abbiamo già osservato che, mentre nel sistema previgente l'interesse pubblico a tutelarsi innanzi alla fattispecie astratta o concreta si saldava al fine istituzionale di un soggetto pubblico, nel sistema attuale l'interesse pubblico tutelato dall'imposizione di obblighi di accesso od interconnessione risulta dalla mera composizione dei configgenti interessi privati, e coincide con gli interessi di questi.

L'oggettivazione del diritto amministrativo non si realizza col passaggio da una relazione dominicale intercorrente tra un soggetto pubblico e una *res* alla qualificazione giuridica della *res* stessa: essa è, piuttosto, la sostituzione di un metodo statico con un metodo dinamico³⁰.

La regolazione deve poter disporre di strumenti flessibili, che consentano di incidere in modo efficace su ogni fattispecie di squilibrio che l'esperienza manifesti. Di modo che si rende

29 G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in cit., pp. 42 ss.

30 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 262.

indispensabile che anche l'uso dei beni sia piegato alle esigenze della concorrenza.

Potrebbe sostenersi che sia questa idoneità, questa potenziale attitudine ad essere sottratta al potere sovrano del suo proprietario a conferire carattere di pubblicità alla rete.

La qualificazione in termini pubblicistici non spiegherebbe comunque gli obblighi che interessano l'attività di gestione³¹.

Se così è, non solo risulta negata la possibilità di ancorare alla qualificazione giuridica del bene il momento sistematico di riferimento per la nostra indagine, ma la stessa attività di gestione della rete sembra priva di autentici profili di specialità rispetto al diritto comune³².

La verifica della posizione interpretativa rappresentata impone una puntuale verifica. Il sistema delle comunicazioni elettroniche può costituirne un primo banco di prova.

31 Così G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *cit.*, pp. 42 ss.

32 F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario* 2001, Milano, pp. 72 ss, e 84 s.

5. Il caso delle reti di comunicazioni elettroniche

Tra i servizi a rete, quello in analisi presenta il più elevato grado di liberalizzazione³³.

Tale assetto è conseguenza del progresso tecnologico che ha consentito un'esponenziale crescita, nel numero e nella qualità, della possibilità della produzione e, contemporaneamente, la vorticoso caduta dei suoi costi.

La ragione del fenomeno è nota: il mercato delle comunicazioni è il meta-mercato dell'economia post-industriale, in cui ogni attività commerciale tende a proiettarsi nella dimensione comunicativa.

L'era post-industriale determina la dissociazione tra il prodotto e la sua fisionomia commerciale: a tale processo di "dematerializzazione" è necessario che le informazioni scambiabili sul bene o servizio offerto siano quanto meno capaci di circolare e siano idonee a rappresentarlo con sempre migliore definizione.

³³ S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI e S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 53 ss.

Il mercato dei servizi di comunicazione, insomma, è il collettore di ogni mercato che si proietti su un livello comunicativo di rete³⁴.

Ciò spiega l'enorme quantità di investimenti nella ricerca, nella progettazione di nuove tecnologie di comunicazione che ha reso contendibile un mercato contraddistinto dai caratteri del monopolio naturale.

La seguente analisi guarda alla disciplina delle reti di telecomunicazioni, sub-settore delle comunicazioni elettroniche che, per maggior tempo, ha avuto un assetto monopolistico in forza di legge³⁵.

Il settore ha conosciuto , in una prima fase, una regolazione tutto sommato non dissimile da quella propria di altri servizi a rete: la normativa di settore ha visto la coesistenza di attività liberalizzate e riservate e lo strumento principe per promuovere la concorrenza è stato il diritto di accesso alle infrastrutture stesse³⁶. Torneremo

34 J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, 2000, cap. 2 e 3.

35 La riserva era disposta, per i servizi di telecomunicazioni, dall'art. 1 del Codice postale (D. P. R. n. 156 del 29 marzo 1973), il cui comma secondo (aggiunto dall'art. 45 della legge 14 aprile 1975, n. 103) prevedeva un regime autorizzatorio per l'esercizio di "impianti ripetitori privati per programmi sonori esteri e nazionali" e di "impianti locali di diffusione sonora via cavo".

36 N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, pp. 86 ss; M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2001, p. 402; E. DIAMANTI, *Accesso e interconnessione alle reti di*

successivamente sul'esame analitico delle fasi di questa evoluzione, ciò che viene naturale ora è porsi un quesito: benché le barriere naturali del monopolio siano state rimosse spontaneamente dall'evoluzione tecnologica e se anche la disciplina normativa sembra avere compreso questa realtà, deve subito osservarsi che la regolazione in materia di comunicazioni elettroniche resta, attualmente, comunque la più complessa e la più puntualmente disciplinata e definita a livello normativo. Quali sono le ragioni di tale apparente contraddizione?

Innanzitutto la duplicabilità delle reti non è assoluta: infatti, la realizzazione di una rete fisica o immateriale è soggetta alla disciplina degli stati membri, volta a rendere compatibile con le altre esigenze tale attività. In una fase transitoria, anteriormente alla riforma introdotta dalle Direttive n. 02/21/CE e 02/20/CE, l'esigenza è stata soddisfatta dalla previsione di un regime di contingentamento delle licenze individuali relative all'attività di installazione di reti.

telecomunicazioni, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 182 ss.

La distinzione tra autorizzazione generale e licenza individuale è, oggi, venuta meno, in forza dell'estensione del primo regime a tutte le attività attinenti alla fornitura di reti o servizi.

Anche nel contesto attuale, tuttavia, a fronte della libertà di fornitura, permane un regime amministrativo speciale per l'attività di installazione di reti: l'estensione del regime di autorizzazione generale non esclude che la realizzazione di una rete presupponga la previa concessione di un diritto di installazione da parte delle autorità competenti alla gestione del suolo pubblico³⁷.

Se una prima barriera all'accesso al mercato ha carattere giuridico, un secondo ostacolo deve essere rinvenuto in motivazioni di tipo economico.

I costi dell'investimento infrastrutturale presentano il rischio di tradursi in *sunk costs*, vale a dire in costi non recuperabili da parte di chi intenda concorrere con l'operatore già presente sul mercato, titolare di un'infrastruttura capace di coprire la quasi interezza del territorio nazionale³⁸.

37 Sul punto si veda TAR Puglia Lecce, sez II, 06 maggio 2005, n. 2697, in *Foro amministrativo*, 2005, p. 1685.

38 V. J. STIGLITZ, *Economia del Settore Pubblico*, Milano, 2003, pp. 191 s.

A fronte di tali barriere all'ingresso al mercato, è necessario un intervento regolatorio volto a limitare gli effetti degeneri delle asimmetrie informative e capace di apprestare misure di sostanziale riequilibrio della forza dei concorrenti mediante interventi di tipo asimmetrico. Ma le finalità della regolazione non sono limitate ad assicurare un equilibrato sviluppo della concorrenza: un complesso di interessi eterogenei orienta e legittima l'attività delle Autorità nazionali di regolazione.

Ciò che deve essere sottolineato preliminarmente è che la regolazione permane copiosa anche nella fase attuale: essa non concede un passo al controllo *antitrust* che resta uno strumento di portata residuale.

6. *La disciplina comune*

S'è già accennato al fatto che, all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, il legislatore comunitario ha fatto confluire *species* di attività originariamente disciplinate da normative *ad hoc*, tra loro distinte³⁹.

³⁹ F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, pp. 160 ss.

La nuova disciplina considera unitariamente le reti di telecomunicazioni fisse, quelle mobili e le reti terrestri. Il collante tra tutti i servizi di comunicazione elettronica è, appunto il fatto che essi consistono esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche. I servizi sono, cioè, definiti dall'elemento strutturale dell'essere erogati mediante reti di comunicazione elettronica⁴⁰.

Queste ultime sono definite come i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e le altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche, le reti terrestri mobili e fisse, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato.

Due considerazioni nascono spontanee: l'una riguarda l'enfasi sul *medium* veicolata dalla nuova disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, l'altra la tessitura di una rete di reti che le direttive sembrano prospettare.

Sotto il primo aspetto va evidenziata la scelta del legislatore comunitario di individuare il servizio di comunicazione come

40 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, p. 161.

quello che viene trasmesso mediante una rete si giustifica alla luce dei principi di interoperabilità e neutralità tecnologica⁴¹.

Il primo principio è giustapposto a quelli di accesso e interconnessione. Esso postula l'esigenza di abolire gli ostacoli che limitino la fruibilità di identici servizi, da parte dell'utente, in ragione delle diverse tecnologie utilizzate dalle imprese fornitrici per la sua erogazione. Costituisce quindi, anche un limite all'esercizio del diritto di accesso alla rete: qualora questo possa pregiudicare l'interoperabilità, infatti, le esigenze del nuovo entrante devono patire una limitazione o un totale sacrificio⁴².

Il principio di neutralità tecnologica esige che la regolazione, nell'introdurre meccanismi concorrenziali, non discrimini gli operatori esclusivamente in base alle caratteristiche tecniche della rete attraverso la quale intendono fornire un servizio.

Mentre l'interoperabilità delle reti è un obiettivo e si rivolge agli operatori in concorrenza, la neutralità tecnologica è un parametro imposto allo stesso regolatore per orientare l'attività di quelli e per ampliare lo spettro dell'analisi dei mercati.

41 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p 162.

42 M. RAGUSA, *Reti e Servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Giustizia amministrativa*, I, 2007, p. 228 ss.

Se la prospettiva europea è quella di ricondurre ad un unico oggetto di formazione tutti i mercati di servizi e di reti di comunicazioni elettronica,⁴³ l'interesse sotteso è, quello di consentire nella regolazione di distinguere i mercati rilevanti esclusivamente sulla base del loro livello di competitività⁴⁴, evitando una proliferazione di regole applicabili a sottosettori, coincidenti con servizi determinati, ed agevolando così la nascita di *standards* regolativi universali, capaci di aumentare il grado di certezza dei principi che presiedono all'esercizio dei poteri discrezionali delle Autorità⁴⁵.

7. L'evoluzione del diritto comunitario delle telecomunicazioni

*7.1 Le tre fasi dell'evoluzione*⁴⁶

È venuto il momento di passare in rassegna l'evoluzione che il diritto comunitario ha subito nell'ambito delle telecomunicazioni⁴⁷.
Convenzionalmente si possono distinguere tre fasi cadenzate dal

43 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., pp. 21 ss.

44 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 22.

45 M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2002, pp. 514 ss.

46 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., pp. 58 ss.

47 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 59.

punto di vista temporale: prima fase (1988-1993) dove sono state adottate prevalentemente direttive volte a liberalizzare gradualmente i settori interessati e, parallelamente, armonizzare le legislazioni di settore degli Stati membri. Nella seconda fase (1993-1999), si assiste ad una completa liberalizzazione, mentre nell'ultima si è avviata la riforma della disciplina comunitaria delle telecomunicazioni⁴⁸.

7.2 La graduale apertura dei mercati 1988-1993

Con la Direttiva n. 88/301/CEE del 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni, la Commissione ha avviato il processo di liberalizzazione, intervenendo nel settore commerciale degli strumenti che consentono all'utente di utilizzare reti e servizi. Nel quadro dei regimi di esclusiva, gli operatori nazionali avevano infatti esteso la loro influenza a questi settori contigui, imponendo all'utente di

⁴⁸ F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, pp. 59-60.

allacciarsi alle reti utilizzando esclusivamente propri prodotti, venduti o noleggiati⁴⁹.

Tale Direttiva di liberalizzazione obbligava gli Stati ad eliminare i diritti speciali, che consentivano all'operatore nazionale di imporre all'utente l'uso esclusivo dei propri terminali. Gli Stati dovevano inoltre consentire l'importazione, l'allaccio e la manutenzione di tutti gli apparecchi rispondenti ai requisiti tecnici fissati dalla disciplina comunitaria in materia, contenuta nella Direttiva n. 86/361/CEE del 24 luglio del 1986, sul ravvicinamento delle legislazioni per il riconoscimento dell'omologazione delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni.

L'apertura dei mercati ha consentito agli utenti di scegliere liberamente tra le nuove soluzioni proposte dal mercato, beneficiando così integralmente del progresso tecnologico. Richiamando quanto già sottolineato, può dirsi che, pur essendo in linea di principio già applicabili le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle merci e di concorrenza, ed in particolare l'art. 82 TCE che vieta l'abuso di posizione dominante, l'assenza di provvedimenti normativi specifici giustificava i diritti

49 G. SALBERINI, voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *Enc. Treccani*, xxx/2, Roma, 2002, pp. 3 ss.

speciali ed esclusivi a favore delle imprese di settore⁵⁰. La Direttiva ha precisato pertanto, gli obblighi a carico degli Stati, imponendo l'eliminazione delle disposizioni con le quali si attribuivano diritti speciali ed esclusivi agli organismi di telecomunicazioni in relazione alle apparecchiature terminali e di riconoscere agli operatori economici il diritto di importare, commercializzare, allacciare, installare e provvedere alla manutenzione degli apparecchi terminali nell'ambito di precise condizioni volte ad assicurare la necessaria qualità tecnica⁵¹.

All'epoca, peraltro, la base giuridica della Direttiva è stata contestata dalla Francia di fronte alla Corte di Giustizia con ricorso per annullamento, sostenuto dall'Italia, dal Belgio, dalla Germania e dalla Grecia. La sentenza del 19 marzo 1991, pur accogliendo in parte i motivi di ricorso, ritenne invece infondato il rilievo relativo alla base giuridica, specificando che la Commissione aveva esercitato correttamente i propri poteri in quanto la Direttiva si limitava a ribadire gli obblighi che gli Stati membri sono tenuti ad osservare conformemente al Trattato. Con essa, la Commissione

50 T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in A. PREDIERI- M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, pp. 185 ss.

51 G. SALBERINI, voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *Enc. Treccani*, xxx/2, Roma, 2002, p 4.

non aveva invece constatato specifici inadempimenti di obblighi sanciti dal Trattato da parte di determinati Stati membri⁵².

Alla liberalizzazione del mercato delle apparecchiature seguì una parziale liberalizzazione dei servizi, attuata con la Direttiva n.90/388/CEE del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi delle telecomunicazioni. Si trattava in realtà di un primo passo verso la liberalizzazione di alcuni servizi (servizi di trasmissione dati, servizi valore aggiunto, fornitura del servizio voce/dati alle imprese e a gruppi chiusi di utenti, con esclusione del servizio al pubblico di telefonia). Restavano al di fuori del regime di liberalizzazione anche l'installazione e la gestione di reti di telecomunicazioni, mentre potevano essere mantenute le restrizioni di natura normativa che impedivano l'uso di infrastrutture alternative per la fornitura di servizi liberalizzati⁵³.

Anche la Direttiva n. 90/388/CEE è stata impugnata di fronte alla Corte di Giustizia dalla Spagna, dal Belgio e dall'Italia che hanno sostenuto l'incompetenza della Commissione, in quanto l'art. 86, par 3, TCE non le avrebbe conferito tale potere. Nella sentenza

52 G. SALBERINI, voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *Enc. Treccani*, xxx/2, Roma, 2002, p 4.

53 N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p. 77.

del 17 novembre del 1992 la Corte ha confermato nuovamente l'idoneità della base giuridica come nella precedente sentenza relativa ai Terminali di telecomunicazioni. Secondo la Corte, il potere di vigilanza affidato alla Commissione dall'art. 86, par. 3, TCE comprende la possibilità di precisare gli obblighi gravanti sugli Stati membri. Nel caso di specie, l'intervento aveva lo scopo di favorire l'effettivo esercizio del diritto alla libera prestazione dei servizi nel settore delle telecomunicazioni, ed era quindi necessario per assicurare il rispetto dell'art. 49 TCE.

In questa fase, le istituzioni comunitarie hanno ritenuto di dover mantenere il regime di esclusiva per l'installazione e la gestione delle infrastrutture di rete. Tuttavia, è stato necessario, per la completa realizzazione di un mercato comunitario dei servizi di telecomunicazioni, introdurre principi e condizioni armonizzate per la fornitura di una rete aperta. A ciò si è provveduto con la Direttiva di armonizzazione n. 90/387/CEE del 28 giugno 1990 (sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazioni mediante realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni *Open Network Provision*), che ha introdotto l'obbligo per gli Stati di assicurare l'accesso e l'uso

libero ed efficace delle reti pubbliche e, ove applicabile, dei servizi pubblici di telecomunicazioni non liberalizzati⁵⁴.

Con il trattato sull'Unione europea (Maastricht, 7 febbraio 1992) è stata riconosciuta l'importanza delle infrastrutture delle reti di telecomunicazioni per l'instaurazione del mercato interno, con l'introduzione della nuova competenza della Comunità per l'incentivazione e la creazione di reti trans europee.

Le grandi infrastrutture sono state ritenute necessarie per la creazione di un mercato europeo in base al fatto che esse hanno in passato favorito la creazione dei mercati nazionali e possono favorire la creazione di un mercato europeo⁵⁵. Le nuove disposizioni hanno costituzionalizzato principi basilari come l'interconnessione, l'interoperabilità e l'accesso alle reti nazionali ed individuato procedure decisionali e strumenti giuridici per la costituzione e lo sviluppo di reti trans europee attraverso progetti d'interesse comune, il coordinamento delle politiche nazionali e la cooperazione con Paesi terzi.

⁵⁴ G. SALBERINI, voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *cit.*, p. 4.

⁵⁵ A. PREDIERI, *Le reti trans europee nei Trattati di Maastricht ed Amsterdam*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 287 e p. 339.

7.3 La completa apertura dei mercati 1993-1999

La seconda fase, compresa tra il 1993 ed il 1999, è stata caratterizzata da una piena apertura alla concorrenza di reti e servizi, anche in base a tre risoluzioni adottate all'unanimità dal Consiglio. Nella prima risoluzione, del 22 luglio 1993, il Consiglio si è pronunciato a favore della liberalizzazione di tutti i servizi di telefonia vocale, mentre nella seconda e nella terza si è espresso in favore della liberalizzazione della fornitura delle infrastrutture di telecomunicazione.

In base a tali risoluzioni, la Direttiva n. 94/46/CE del 13 ottobre 1994 ha portato alla liberalizzazione della comunicazione via satellite⁵⁶.

La liberalizzazione è poi proseguita con l'eliminazione delle restrizioni di vario genere riguardanti l'uso delle reti.

Nel contesto di questo processo, le istituzioni comunitarie hanno provveduto anche all'emanazione di norme di armonizzazione, dirette a creare le condizioni di mercato necessarie a gestire una fase di transizione dai regimi di esclusiva alla libera

⁵⁶ G. SALBERINI, *L'ITU e il settore delle telecomunicazioni satellitari*, in S. MARCHISIO, *Lezioni di diritto aerospaziale*, Roma, 2000, pp. 121 a 131.

concorrenza in settori così delicati. Per quanto riguarda le apparecchiature terminali è stata modificata la Direttiva n. 86/361/CEE del 24 luglio 1986, concernente il reciproco riconoscimento dell'omologazione delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni, attraverso le Direttive n. 91/263/CEE del 23 aprile 1991, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle apparecchiature terminali di telecomunicazione, e n. 93/97/CEE del 29 ottobre 1993, che regola le apparecchiature delle stazioni terrestri di comunicazione satellitare. La Direttiva n. 98/13/CE del 12 febbraio 1998 ha poi consolidato le precedenti ed è stata da ultimo abrogata e sostituita con la Direttiva n. 1999/5/CE del 9 marzo 1999. La Direttiva ha modificato il precedente regime aggiornandolo all'evoluzione tecnologica.

Per il quadro relativo alle reti e ai servizi, sono state adottate la Direttiva n. 97/13/CE del 10 aprile 1997⁵⁷, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni e la Direttiva 97/33/CE

⁵⁷ Direttiva della Commissione 13/3/1996 n. 19 96/19/CE, pubblicata in G. U. E. 22/3/1996 n. 74 che modifica la Direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni.

del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni: quest'ultima finalizzata a garantire la prestazione del servizio universale, nonché ad assicurare le condizioni per l'interoperabilità delle reti, attraverso l'applicazione dei principi consolidati nella Direttiva n. 90/387 del 28 giugno 1990 sulla fornitura di una rete aperta (*Open Network Provision*)⁵⁸.

Gli strumenti contemplati dagli atti menzionati sono stati posti a disposizione delle Autorità nazionali di regolamentazione. Si tratta di Autorità giuridicamente distinte e funzionalmente indipendenti dagli organismi di telecomunicazione cui sono stati conferiti poteri di regolazione, vigilanza e composizione delle controversie⁵⁹.

Al fine di realizzare le condizioni per l'avvio della concorrenza la normativa comunitaria ha consentito a livello nazionale di predisporre misure di tipo asimmetrico, volte a superare le forti disparità sostanziali tra gli operatori⁶⁰. I destinatari del regime differenziato sono stati identificati come operatori che dispongono di un significativo potere di mercato. Si tratta di misure

58 G. SALBERINI, voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *Enc. Treccani*, xxx/2, Roma, 2002, p. 5.

59 E. FRENI, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Treccani*, IV, Roma, 1999, pp. 1 ss.

60 L. G. RADICATI, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Tornino, 1999, p. 119.

relative alle condizioni economiche dell'offerta, alle condizioni per l'interconnessione, ad obblighi relativi alla tenuta della contabilità⁶¹.

7.4 La riforma del quadro giuridico comunitario 1999

La terza fase, ancora in corso, si è aperta il 10 novembre 1999 con la Comunicazione della Commissione dal titolo “Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche ed i servizi correlati”. Ad essa è seguita la presentazione, da parte della Commissione, di un pacchetto di proposte per un nuovo quadro giuridico nel settore delle telecomunicazioni. Tale pacchetto è stato messo a punto dopo un ampio dibattito iniziato il 10 novembre 1999, e dopo aver analizzato le risultanze della pubblica consultazione sul nuovo quadro normativo.

Le direttive approvate nel 2002 costituiscono il regime vigente a livello comunitario e sono finalizzate a rafforzare ulteriormente la concorrenza, ad adeguare la normativa in vigore alla convergenza dei media. Infine, esse tendono a coordinare la normativa pregressa

⁶¹ Vedi art. 6, comma 7, e art.8 del d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni.

che, a causa dei numerosi interventi normativi succedutisi nel tempo, presentava carattere disorganico e frammentario⁶².

Premettendo che il testo della Direttiva n. 2002/21/CE del 7 marzo 2002 sarà oggetto di specifica trattazione; il contesto generale di armonizzazione è costituito oltre che dalla Direttiva suddetta, che istituisce una cornice normativa comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, da quattro direttive particolari: Direttiva n. 2002/20/CE del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; la Direttiva n. 2002/19/CE del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché l'interconnessione; Direttiva n. 2002/22/CE del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica; Direttiva n. 2002/58/CE del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche⁶³.

62 M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2006, pp. 521 ss.

63 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2006, pp. 521 ss.

Accanto al regime giuridico dell'armonizzazione, va poi considerata la Direttiva n. 2002/77/CE del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, che ha provveduto a codificare, con modifiche, la pregressa normativa applicabile alla liberalizzazione delle telecomunicazioni contenuta nelle direttive adottate sulla base dell'art. 86, par 3, del TCE.

Le sei Direttive hanno abrogato esplicitamente gli atti precedenti, ad eccezione della Direttiva n. 1999/5/CE del 9 marzo 1999 relativa alle apparecchiature terminali di telecomunicazione, che rimane in vigore. Pertanto, la disciplina in materia di apparecchiature terminali, che provvede al ravvicinamento delle legislazioni dettando le misure per il reciproco riconoscimento della conformità alle normative tecniche, le norme e procedure per l'immissione sul mercato degli apparecchi, e i casi e le procedure per l'adozione di misure di salvaguardia da parte degli Stati membri, sono regolate ancora oggi da questo testo normativo.

8. *La disciplina comunitaria, direttiva quadro 2002/21*

L'apertura alla concorrenza del mercato delle telecomunicazioni ha avuto un effetto catalizzatore in un campo precedentemente riservato agli oligopoli. Per accompagnare tale evoluzione, le istanze decisionali europee hanno adottato una legislazione in linea con il progresso tecnologico e le esigenze del mercato. Tale evoluzione si è concretizzata con l'adozione di un nuovo quadro normativo relativo alle comunicazioni elettroniche il cui obiettivo principale è rafforzare la concorrenza agevolando l'ingresso dei nuovi operatori e incentivare gli investimenti nel settore.

La Direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002, fa parte del "Pacchetto Telecom" che mira a rifondere il quadro normativo delle telecomunicazioni per rendere il settore delle comunicazioni elettroniche più concorrenziale⁶⁴. Questo nuovo quadro normativo è stato costituito dalla Direttiva in oggetto e da quattro direttive specifiche, ossia: la Direttiva relativa all'autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione elettronica ("Direttiva autorizzazioni"),

64 A. GIANNACCARI, *Il caso Telecom*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, I, 2005, pp. 201 ss.

la Direttiva relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate e alla loro interconnessione (Direttiva "accesso"), la Direttiva relativa al servizio universale (Direttiva "servizio universale"), la Direttiva sul trattamento dei dati personali (Direttiva "vita privata e comunicazioni elettroniche"). Il "Pacchetto Telecom" è stato modificato nel dicembre 2009 dalle due Direttive "Legiferare meglio" e "Diritto dei cittadini", nonché dall'istituzione di un organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

La Direttiva istituisce un quadro normativo armonizzato per la regolamentazione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Essa inquadra taluni aspetti delle apparecchiature terminali per rendere più agevole l'accesso agli utenti disabili e contiene disposizioni orizzontali utili per altre misure: campo di applicazione e principi generali, definizioni base, disposizioni generali sulle autorità nazionali di regolamentazione, nuovo concetto di significativo potere di mercato e regole per la concessione di alcune risorse indispensabili⁶⁵.

65 Tanto la definizione di servizi, quanto quella delle reti di comunicazione elettronica (dettata dalla lettera a dello stesso art. 2, Dir. 02/21/CE) sono state riprodotte pedissequamente dal legislatore italiano, all'art. 1, lettere *dd* e *gg* del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

Considerate la convergenza tecnologica e la necessità di una regolamentazione orizzontale dell'insieme delle infrastrutture, il nuovo quadro non si limita più alle reti e servizi di telecomunicazioni, ma copre tutte le reti e i servizi di comunicazioni elettroniche. Comprende pertanto la telefonia vocale fissa, le comunicazioni mobili a larga banda; i contenuti di servizi forniti sulle reti di comunicazione elettronica ne sono invece esclusi. Lo stesso vale per le apparecchiature terminali di telecomunicazioni per rendere più agevole l'accesso agli utenti disabili. La presente Direttiva richiede l'adozione di misure nazionali in materia di accesso alle comunicazioni elettroniche al fine di far rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle persone fisiche.

Vediamo di seguito una serie di disposizioni concernenti gli Stati membri.

Gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica.

Dei meccanismi nazionali efficienti devono permettere a qualunque utente e a qualunque impresa che fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica di ricorrere contro una decisione dell'Autorità Nazionale di Regolamentazione dinanzi ad un organo indipendente.

Gli Stati membri provvedono affinché le Autorità Nazionali di Regolamentazione, nell'esercizio delle loro funzioni agiscano in modo imparziale e trasparente e istituiscano meccanismi di consultazione delle parti interessate quando intendono adottare misure che abbiano un impatto rilevante sul mercato.

Le Autorità Nazionali di Regolamentazione, la Commissione e il BEREC devono collaborare per stabilire gli strumenti e le soluzioni più appropriate per far fronte a determinati tipi di situazioni che possono verificarsi nel mercato interno delle comunicazioni elettroniche⁶⁶.

Vediamo nello specifico alcune disposizioni concernenti il servizio di telefonia vocale fissa.

Gli Stati membri garantiscono che le Autorità Nazionali di Regolamentazione controllino l'assegnazione di tutte le risorse

⁶⁶ Per maggiori informazioni sulla Direttiva 2002/21/CE veda, www.Europa.it/sintesi della legislazione UE/Contesto giuridico generale, 2010.

nazionali di numerazione e la gestione dei piani nazionali di numerazione. A tutti i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico devono essere assegnati numeri adeguati.

La concessione di diritti di passaggio consente ad un'impresa di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse. Nell'esaminare una domanda per la concessione di diritti di passaggio l'autorità competente deve agire in base a procedure trasparenti e pubbliche entro sei mesi⁶⁷.

In determinati casi, gli Stati membri possono imporre la condivisione di strutture o proprietà ad un'impresa che gestisce una rete di comunicazione elettronica. Questo tipo di decisione è legato ad un accesso limitato alle strutture dovuto all'esigenza di proteggere l'ambiente, la salute o la sicurezza pubblica.

Si presume che un'impresa detenga un significativo potere di mercato se gode di una posizione tale da consentirle di comportarsi in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori.

⁶⁷ L'art. 8 della Direttiva, in particolare, recita: "Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente Direttiva e nelle Direttive particolari, e in particolare quelle intese a garantire una concorrenza effettiva, tengano nel massimo conto l'opportunità di una regolamentazione tecnologicamente neutrale".

È stata, così, istituita una procedura per l'individuazione e la definizione dei mercati che ha come organo “motore” la Commissione.

La Commissione europea è incaricata di adottare una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti, tenendo conto del parere del BEREC. Questa raccomandazione mira ad individuare i mercati le cui caratteristiche sono tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti dalle direttive particolari⁶⁸.

Le Autorità Nazionali di Regolamentazione effettuano un'analisi dei mercati rilevanti tenendo conto degli orientamenti definiti dalla Commissione. Quando l'Autorità Nazionale di Regolamentazione accerta che un mercato non è realmente concorrenziale, individua le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato e impone loro gli appropriati obblighi di regolamentazione⁶⁹.

68 R. DE MARTINO, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti*, I, 2005, pp. 19 ss.

69 M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2006, p. 517; M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in [www.archivioceradi.luiss.it/osservatori/amministrativo/teoria/articoli/regolazione e concorrenza](http://www.archivioceradi.luiss.it/osservatori/amministrativo/teoria/articoli/regolazione_e_concorrenza), 2004.

La Commissione pubblica un elenco di norme non obbligatorie nella Gazzetta ufficiale. Tali norme devono favorire l'armonizzazione nel settore della fornitura di reti di comunicazione elettronica, di servizi di comunicazione elettronica e di risorse e servizi associati. A tale scopo, gli Stati membri incoraggiano l'uso di queste norme. La risoluzione delle controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro nonché tra tali imprese che beneficiano di obblighi e di accesso, è garantita dall'Autorità Nazionale di Regolamentazione competente che emette entro un termine di quattro mesi una decisione vincolante. In caso di controversia transfrontaliera che oppone parti stabilite in Stati membri diversi, le parti possono investire della controversia il BEREC che pubblica un parere sulle misure da prendere per risolvere la controversia. La Commissione ha la possibilità di pubblicare una raccomandazione o una decisione sull'applicazione armonizzata delle disposizioni di cui alla presente Direttiva, ove riveli divergenze nell'attuazione dei compiti normativi.

9. *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni:
l'approccio italiano*

La scelta tra concorrenza sulle reti o sui servizi è un aspetto centrale del dibattito riguardante i meccanismi più adatti a favorire l'affermazione di un mercato concorrenziale nel settore delle telecomunicazioni. Per raggiungere questo risultato è necessario che si verifichino entrate sostenibili nel lungo termine, un obiettivo che secondo alcuni può essere garantito solo da entrate *facilities-based*, mentre altri studiosi considerano "... la concorrenza basata sulle infrastrutture causa di numerosi costi sociali". Entrambe le posizioni prendono le mosse da una riflessione sulle caratteristiche economiche delle industrie a rete⁷⁰.

In Italia non c'è stata una vera discussione su quale delle due strade fosse la più adatta a facilitare il processo di liberalizzazione, per cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) ha dovuto decidere autonomamente quale percorso intraprendere. La prima Relazione annuale al Parlamento, presentata il 30 giugno

70 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, VIII, 2006, pp. 522 ss.

1999, indica criteri di fondo, tempi e caratteristiche delle azioni da adottare. La relazione prende le mosse dalla Direttiva comunitaria del 13 marzo 1996 n. 96/19/CE. Fino ad allora la Commissione riteneva che fosse meglio evitare la costosa duplicazione delle reti esistenti. Con questa Direttiva, invece, si prende atto del progresso tecnico optando per la creazione di nuove reti⁷¹. Di conseguenza l'Autorità indica la propria preferenza per una concorrenza di tipo infrastrutturale, anche se, la colloca in una prospettiva di medio periodo. Nel breve termine, l'AGCOM ha approvato il doppio transito di raccolta, che ha aperto il mercato anche a coloro che, muniti solo di apparati di commutazione e con pochi punti di presenza, sono interessati ad offrire servizi voce a livello nazionale.

Tuttavia, già l'anno successivo, l'approccio dell'AGCOM si è fatto più articolato. Come sottolinea la seconda Relazione annuale "... le azioni dell'Autorità già nel breve periodo sono orientate a facilitare l'utilizzo della rete di distribuzione di Telecom Italia attraverso l'offerta a terzi, disaggregata, delle diverse risorse della rete di accesso dell'operatore notificato", mentre "... nel più lungo periodo dovrebbero favorire la crescita della concorrenza e

⁷¹ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Relazione Annuale dal 1998 al 2005, 1999, p. 18.

dell'innovazione anche attraverso modalità e tecnologie alternative⁷².

Da questa impostazione deriva la decisione di accelerare l'accesso disaggregato alla rete locale (il cosiddetto *unbundling* del *local loop* - ULL), autorizzando anche il prolungamento dell'accesso e l'*unbundling* della rete in fibra ottica.

L'accesso disaggregato "... è la previsione regolamentare che meglio esemplifica il nuovo equilibrio raggiunto tra l'esigenza di favorire lo sviluppo di nuove infrastrutture e quella di sfruttare efficientemente quelle esistenti. Infatti, l'implementazione dell'*unbundling* richiede ai nuovi entranti significativi investimenti per essere presenti con la propria infrastruttura nelle centrali locali dell'incombente"⁷³.

Tale approccio è stato ripreso nella Delibera 3/03/CIR del 27 febbraio 2003, che sottolinea come "l'ULL risulta l'elemento chiave per poter garantire una concorrenza effettiva nella telefonia fissa. Tale condizione può realizzarsi solamente con l'ingresso di operatori che siano in grado di offrire servizi sulla base di una

72 Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Relazione Annuale dal 1998 al 2005, 2000, p. 89.

73 C. LEPORELLI, A. NASTASI e P. REVERBERI, *L'accesso e lo sviluppo di nuove infrastrutture*, in P. GARRONE e S. MARIOTTI (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001, pp. 254-255.

propria infrastruttura. L'assenza in Italia di una diffusione significativa sul territorio di infrastrutture di accesso alternative alla rete in rame, rende rilevante, ai fini dello sviluppo di un mercato competitivo, la regolamentazione dell'ULL. I risultati raggiunti dalla prima fase dell'introduzione dell'*unbundling* sono da ritenersi non pienamente soddisfacenti”.

La sussistenza di significative barriere allo sviluppo di una competizione basata sull'*unbundling* implica la necessità di rivedere le condizioni tecniche ed economiche di fornitura del servizio. Pertanto, l'attenzione dell'Autorità si concentrerà su misure che possano favorire un maggiore sviluppo dell'accesso disaggregato al fine di stimolare una effettiva e stabile competizione basata sulle infrastrutture, non pregiudicando però lo sviluppo di reti alternative nel lungo periodo⁷⁴.

L'AGCOM è, infatti, perfettamente consapevole che se l'*unbundling* avviene a prezzi molto bassi, si riducono gli incentivi ad investire in una rete propria. È evidente come un tale approccio debba essere adattato agli sviluppi tecnologici.

⁷⁴ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Relazione Annuale dal 1998 al 2005, 2003, pp. 370-371.

Le diverse forme di accesso *wholesale*⁷⁵ sono: accesso disaggregato alle reti e sottoreti metalliche (*full unbundling*) ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali; accesso condiviso (*shared access*); accesso al flusso numerico (*bitstream*), che consente la trasmissione di dati bidirezionale a banda larga ed altri tipi di accesso all'ingrosso forniti mediante infrastrutture, ove queste comportino elementi equivalenti all'accesso a flusso numerico (*bitstream access*)⁷⁶.

Data l'enfasi iniziale sulla telefonia vocale, il *full unbundling* era necessario, in quanto fornisce agli entranti un controllo sufficiente del doppino di rame per fornire il servizio telefonico vocale. Con l'accesso condiviso, invece, l'*incumbent* controlla e può ancora fornire ai consumatori i servizi vocali, in quanto gli entranti utilizzano solo una parte dello spettro di frequenze disponibile sulla copia elicoidale metallica (doppino di rame), e cioè la banda ad alta frequenza dello spettro disponibile. Di conseguenza, i circuiti ad accesso condiviso restano connessi alla

75 Utilizziamo la denominazione "accesso wholesale" anziché quella più comune di unbundling, per tenere conto del fatto che nelle analisi di mercato, previste dal Nuovo Quadro Regolamentare, l'accesso bitstream viene considerato separatamente dalle altre due forme di accesso ed è oggetto di un'analisi specifica (mercato 11: Unbundling, mercato 12: bitstream).

76 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in cit., p. 525.

rete dell'operatore dominante e gli utenti continuano a ricevere i servizi vocali da quest'ultimo. Il *bistream access* è simile all'accesso condiviso, in quanto lo spettro di frequenze del doppino è condiviso sia dall'*incumbent* che dal nuovo entrante. La differenza rispetto alle altre due modalità di *unbundling* dipende dal fatto che è l'*incumbent* a fornire la tecnologia ADSL⁷⁷. Date le caratteristiche che possono assumere le diverse forme di accesso, è importante descrivere dettagliatamente l'approccio regolamentare attuato in Italia, in modo da coglierne l'impatto sui diversi modelli di concorrenza.

La regolamentazione italiana ha previsto la fornitura dell'accesso a flusso numerico a larga banda, ma il processo ha implicato diversi passaggi regolamentari molto combattuti. Il primo di essi è rappresentato dalla Delibera 407/99 nella quale l'AGCOM aveva autorizzato Telecom Italia (TI) a fornire servizi *wholesale* di accesso ad internet sulla base della tecnologia ADSL a condizioni trasparenti e non discriminatorie rispetto a quanto offerto da Telecom Italia alle proprie società e divisioni, tali da consentire ai nuovi entranti (*Other Licenced Operators-OLO*) di fornire

77 P. W. J. BIJL, M. PEITZ, *Local loop Unbundling in Europe: Experience, Prospects and Policy Challenges*, in *Communications & Strategies*, 57, 2005, p. 36.

tempestivamente un servizio di qualità equivalente a quello di Telecom Italia e a condizioni concorrenziali⁷⁸.

Unbunling del local loop (ULL) è uno degli strumenti per favorire la concorrenza nel *local loop*, suggeriti dalla Commissione Europea che, nella Raccomandazione 2000/417/CE del 25 maggio 2000, ha stabilito l'obbligo per gli operatori dominanti di fornire agli altri operatori entro il 31 dicembre 2000 l'accesso fisico (generalmente il doppino in rame) o logico al collegamento tra l'utente finale e la centrale locale, praticando condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie.

L'AGCOM imponeva tale obbligo già nella Delibera 1/98/CIR del 25 novembre 1998. Tale delibera prevede l'*unbundling* della rete in rame e di quella in fibra ottica, cioè risorse trasmissive di tipo fisico, e un servizio di canale numerico, un tipo di accesso definito logico⁷⁹.

Secondo l'art 8 della Delibera 2/00/CIR, "le condizioni economiche per la fornitura dei servizi di ULL devono essere basate sulla metodologia dei costi storici pienamente allocati"(FDC/HCA).

78 Anche a seguito della denuncia di Infostrada, che ha originato il procedimento A/285 presso l'Autorità Antitrust, conclusosi nell'aprile del 2001 con la condanna di Telecom Italia al pagamento di una sanzione di circa 59,5 milioni di euro.

79 Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Relazione Annuale dal 1998 al 2005, 2003, p. 90.

Secondo tale Delibera le condizioni tecnologiche e concorrenziali della rete locale sono significativamente diverse da quelle di trasporto, né si prevede che queste differenze siano eliminate nel breve periodo. Di conseguenza, ai servizi *unbundling* non si può applicare il principio dei costi prospettici incrementali di lungo periodo (LRIC)⁸⁰.

L'AGCOM reputa fondamentale la promozione di reti alternative: in tale prospettiva, assumere una metodologia di *pricing* basata sui “Costi di sostituzione” avrebbe il vantaggio di non scoraggiare gli investimenti degli OLO. Tuttavia, essa non consentirebbe agli operatori alternativi di condividere le economie di scala che caratterizzano la rete locale dell'operatore con significativo potere di mercato (SPM). Di qui la decisione di basarsi sulla metodologia FDC/HCA, facilitata tra l'altro dal fatto che tale metodologia era quella utilizzata all'epoca di Telecom Italia. Il problema di quale metodologia di costo sia più adatta a favorire la concorrenza nell'ULL è stato riesaminato nell'ambito dell'analisi del mercato 11 relativo all'*unbundling*.

80 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in cit., p. 528.

Secondo l'AGCOM, nell'operare la scelta della metodologia contabile da applicare alla rete d'accesso occorre considerare, da un lato, che gli operatori alternativi non hanno incentivi a realizzare infrastrutture di accesso in rame, ritenendo economicamente sostenibile la sola scelta dell'accesso alle infrastrutture esistenti di proprietà dell'operatore dominante. Dall'altro è opportuno tener presente che l'operatore dominante, in assenza di infrastrutture concorrenti, non ha alcun incentivo all'efficienza e può allo stesso tempo contare su una base di costi reali più contenuta rispetto a quanto emergerebbe utilizzando altre metodologie contabili. Per l'AGCOM, l'impiego dei costi storici per determinare i prezzi dei servizi di accesso, consente, da un lato, il pieno recupero dei costi dell'operatore dominante con un ragionevole margine di profitto sugli investimenti e, dall'altro, lo sviluppo della concorrenza a beneficio dei consumatori⁸¹.

Con Delibera 24/01/CIR del 29 novembre 2001, l'AGCOM ha introdotto l'obbligo di fornire servizi d'accesso condiviso nella rete locale. Questa possibilità non era stata prevista nella fase iniziale di avvio dell'*unbundling*. L'accesso condiviso fa sì che due operatori

81 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, pp. 169 ss.

possano utilizzare congiuntamente lo stesso doppino, l'uno per i servizi di telefonia locale e l'altro per i servizi XDSL⁸².

Il principio di parità di trattamento, contenuto nell'art. 82 comma C del Trattato di Roma, è richiamato per il settore delle telecomunicazioni dalla Direttiva 92/44/CE (considerando 17) sulla fornitura di linee affittate⁸³. Esso impone agli operatori SMP di osservare “il principio di non discriminazione rispetto all'interconnessione offerta ad altri”, applicando agli organismi che si interconnettono condizioni analoghe a quelle che si applicano alle loro affiliate⁸⁴.

Il problema di una effettiva parità di trattamento si è imposto fin dai primi anni di liberalizzazione, ed ha dato luogo a fortissimi scontri tra l'operatore *incumbent* ed i nuovi entranti⁸⁵. In seguito a ciò, l'AGCOM ha approvato la Delibera 152/02/CONS del 15 maggio 2002, sulla corretta attuazione del principio di parità di trattamento interna-esterna. Si tratta di una Delibera di fondamentale importanza che consente di mimare un contesto

82 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 170.

83 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p.171.

84 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in cit., p. 532.

85 Si veda, in particolare, il caso delle offerte “Teleconomy” lanciate da Telecom Italia nel giugno del 2000.

competitivo in cui si confrontano operatori dotati di reti simili, tali da consentire una concorrenza a tutto campo.

Con la Delibera 4/06/CONS, l'AGCOM ha concluso l'analisi del mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso alle reti e sottoreti metalliche ai fini della fornitura di servizi a banda larga e vocali. Negli allegati della Delibera sono sintetizzati i risultati dell'analisi del mercato 11, identificato nella Raccomandazione della Commissione Europea sui mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche.

L'analisi sviluppata dall'AGCOM ribadisce l'approccio *facility-based*, considerandolo un preconditione indispensabile per una concorrenza sostenibile a medio-lungo termine⁸⁶.

Nell'analisi relativa al mercato 11, AGCOM conferma la posizione dominante dell'*incumbent*: Telecom Italia soddisfa, infatti, tutti i criteri utilizzati per valutare il significativo potere di mercato. Di conseguenza, l'Autorità impone a Telecom Italia dei *remedies*, rafforzando gli obblighi già imposti sulla base del quadro regolamentare del 1998.

⁸⁶ L'obiettivo che l'Autorità intende perseguire è quello di ottenere le migliori condizioni dell'offerta di servizi di accesso disaggregato, che possano incentivare gli operatori alternativi ad investire sulle infrastrutture piuttosto che sulla rivendita dei servizi.

9.1 Scelta del modello concorrenziale: *ladder of investment* o *equality of access*.

Nel dibattito riguardante i modi migliori per creare una concorrenza sostenibile, è stato osservato che l'ULL potrebbe indebolire gli incentivi a investire sia per i nuovi entranti che per l'*incumbent*, danneggiando così lo sviluppo a lungo termine della concorrenza. Se l'*unbundling* è attuato a prezzi bassi, si ridurrà l'incentivo ad investire in infrastrutture proprietarie, mentre, dall'altro canto, prezzi di accesso al dettaglio molto elevati potrebbero incoraggiare significativamente la costruzione di infrastrutture proprie.

Il meccanismo del *ladder of investment* è abbastanza semplice: all'inizio, il regolatore dovrebbe incoraggiare l'accesso ai mercati all'ingrosso fissando prezzi d'accesso molto bassi per quegli elementi della rete troppo costosi per essere duplicati. Man mano che i nuovi entranti consolidano le loro posizioni di mercato, le Autorità di regolamentazione dovrebbero aumentare i prezzi di

accesso, partendo da quegli elementi della rete più facili da replicare.

L'aumento dei prezzi di tali elementi dovrebbe indurre i nuovi entranti ad investire, così da salire verso gradini più elevati della scala di investimento in infrastrutture. Il *ladder of investment* presuppone che il regolatore guiderà gli entranti attraverso una chiara sequenza di investimenti. Egli dapprima identificherà l'elemento replicabile della rete più basso nella scala degli investimenti. Quindi il regolatore incoraggerà una schiera di nuovi operatori ad investire in quell'elemento della rete e ad iniziare a fornire il servizio garantendo loro un accesso poco costoso agli altri elementi della rete dell'incumbent necessari per completare quello nel quale hanno investito⁸⁷.

Molti studiosi hanno manifestato seri dubbi circa la reale fattibilità del modello *ladder of investment* da due punti di vista.

Il primo è legato all'incapacità dell'Autorità di regolamentazione di gestire il cosiddetto *micromanagement* della

87 A. OLDALLE. A. J. PADILLA, *From State Monopoly to the "investment Ladder": Competition Policy and the NRF*, in Swedish Competition Authority *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, 2004, p. 71.

regolamentazione, in modo tale da garantire il successo della strategia di un progressivo investimento nell'infrastruttura.

La seconda obiezione riguarda il fatto che la concorrenza *service-based*, non può trasformare un mercato concorrenziale frammentato, dipendente perciò dalle scelte tecniche dell'*incumbent*, in un robusto mercato di concorrenza basato sulle infrastrutture⁸⁸.

Il secondo modello di concorrenza proposto è l'*equality of access*.

La *Strategic Review of Telecommunications*, conclusa da OFCOM a settembre 2005, accetta l'idea secondo cui è economicamente impossibile superare i colli di bottiglia nell'accesso tramite infrastrutture alternative. OFCOM ritiene di aver individuato la soluzione in un nuovo approccio regolatorio che richiede a British Telecom (BT) di offrire una reale uguaglianza nell'accesso alla propria rete, che si articola in due aspetti: le attività a valle di BT devono usufruire degli stessi prodotti, processi e prezzi utilizzati dai loro rivali, BT deve introdurre cambiamenti interni sostanziali, tra cui una separazione operativa tale per cui

88 B. CANDRALL, *Competition and CHAOS. US Telecommunications since the 1996 telecom Act*, Washington, 2005, pp. 5 ss.

coloro che devono gestire le infrastrutture di BT che rappresentano un collo di bottiglia, e cioè l'accesso, siano efficacemente incentivati a servire gli altri operatori con lo stesso zelo con cui servono le divisioni a valle di BT⁸⁹.

È interessante sottolineare la metodologia utilizzata dal regolatore britannico per ottenere il risultato: anziché imporre unilateralmente dei correttivi, OFCOM ha lasciato a BT la scelta delle soluzioni al problema, una mossa molto abile per conoscere quello che gli economisti chiamano il prezzo di riserva, cioè per capire fino a che punto era disposta a spingersi per far fronte alle richieste del regolatore⁹⁰.

Le decisioni assunte dal regolatore britannico hanno avuto un fortissimo impatto in tutta Europa, riaprendo il dibattito, su come scardinare quell'ostacolo alla concorrenza nelle telecomunicazioni, rappresentato dal monopolio *de facto* nella rete d'accesso da parte dell'operatore dominante.

Il nostro paese si colloca tra quelli dove gli effetti dell'approccio britannico sembrano molto amplificati. Alcune

89 E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in cit., p. 539.

90 OFCOM, *Final Statments on the Strategic Review of Telecommunications, and Undertakings in Lieu of a Reference Under the Enterprise Act*, 2002, Website.

prime conseguenze importanti sono visibili in alcune misure assunte dall'AGCOM nell'ambito dell'analisi di mercato.

Nell'analisi di mercato 11, l'articolo 8 impone a Telecom Italia alcuni obblighi di separazione amministrativa, che dovrebbero garantire una vera eguaglianza nell'accesso. Tra essi, sono rilevanti i seguenti: il personale coinvolto nella gestione dei servizi di accesso all'ingrosso deve essere diverso da quello impiegato nei servizi commerciali; le divisioni commerciali non sono autorizzate a conoscere i dati riguardanti gli OLO che usano i prodotti *wholesale* e così via.

L'articolo 15, poi, autorizza i servizi di prolungamento all'accesso, che avrebbero dovuto essere introdotti dopo tre anni dal loro avvio.

Queste misure vanno nella direzione di porre tutti gli operatori sullo stesso piano e rappresentano perciò un corretto passo in avanti nella direzione di una effettiva uguaglianza nell'accesso.

Le scelte del regolatore britannico hanno indubbiamente avuto il merito di riaprire la discussione su un tema che sembrava essersi chiuso nel 2002 con l'approvazione della Delibera 152/02/CONS. Il primo passo importante in questa direzione è stato compiuto il 20

luglio 2006 dal Presidente dell'AGCOM, nel corso della presentazione della Relazione annuale al Parlamento, che ha affrontato il tema dei doveri di trasparenza e non discriminazione nelle attività connesse al ruolo di Telecom nei mercati *wholesale* e *retail*⁹¹. Il Presidente Calabrò ha sottolineato la necessità di mettere mano a tale disciplina per adeguarla alla nuova realtà, garantendo la piena ed effettiva parità di trattamento fra tutti gli operatori di mercato.

Tutte queste vicende sono destinate ad avere un impatto diretto, non solo sulla struttura dell'intero settore della telefonia fissa, ma anche sul dibattito riguardante l'alternativa tra concorrenza *facility-based* o *service-based*.

Nel suo nuovo approccio, OFCOM ribadisce la sua preferenza per il primo modello (*facility-based*), pur prendendo atto dell'impossibilità di duplicare la rete d'accesso⁹².

D'altronde, questa tendenza sembra confermata empiricamente da alcune considerazioni sull'andamento dei mercati ed i

91 Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Presentazione del Presidente Corrado Calabrò, 2006, p. 13.

92 OFCOM, *Final Statments on the Strategic Review of Telecommunications, and Undertakings in Lieu of a Reference Under the Enterprise Act*, 2002, p. 12.

comportamenti delle imprese, al punto che alcuni osservatori si sono spinti ad ipotizzare “la morte” del *resale*⁹³.

Il percorso nella direzione di una maggiore concorrenza non sarà semplice. L’evoluzione tecnologica, infatti, si sviluppa secondo traiettorie proprie e in direzioni tali da rendere spesso molto ardua la parità tra gli attori.

93 K. BREED, *The Death of Resale?*, in *Total Telecom*, 2005, p. 32.

Capitolo II

La regolazione della rete telefonica nell'ordinamento nazionale

1. Vicende evolutive delle telecomunicazioni nell'ordinamento costituzionale italiano

La problematica delle telecomunicazioni appare caratterizzata da due peculiari fattori: l'uno è dato dalla preminenza del mezzo tecnico sulle attività che esso rende possibili e che in sostanza perviene a confermare; l'altro, corrispondentemente, dalla pregiudiziale considerazione delle regole attinenti alla disciplina dei mezzi rispetto a quelle concernenti le attività.

Ciò ha fatto sì che, in epoca repubblicana e fino a tempi recentissimi, tale problematica abbia trovato quasi esclusivamente nell'art. 43 della Costituzione le sue possibili soluzioni. Ora, se è vero che questa circostanza ha posto il settore su una linea di sostanziale continuismo col precedente quadro dirigista, non può nemmeno dubitarsi che tale scelta (diffusamente riscontrabile

peraltro in coeve esperienze straniere di comune tradizione costituzionale) sia venuta anche a riflettere un sistema istituzionale ancora fortemente ripiegato in se stesso¹. Storicamente pertanto, il modello del servizio pubblico essenziale, non sarebbe criticabile, se non ricorrendo, con inammissibile anacronismo, ad argomenti che hanno preso consistenza in epoca di gran lunga successiva rispetto a quella in cui la scelta di quel modello venne effettuata.

Ciò che invece dovrebbe far riflettere è come l'abbandono del modello in questione nel settore delle telecomunicazioni non sia stato l'effetto di un mediato mutamento di rotta nel perseguimento di determinate politiche pubbliche, ma sia divenuto ineludibile solo a seguito della progressiva erosione della discrezionalità parlamentare da parte dell'ordinamento comunitario². L'impatto dei Trattati istitutivi e della conseguente formazione e giurisprudenza comunitaria ha comportato infatti l'emarginazione della possibilità di istituire o conservare i diritti esclusivi consentiti dall'art. 43 della Costituzione: con una *deminutio* della competenza del legislatore nazionale evidentemente non tale da concretare un *vulnus* di

1 P. COSTANZO, *Profili Costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 4 ss.

2 L. PESOLE, *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, I, 1990, p. 711.

qualche principio supremo dell'ordinamento costituzionale ma anzi in grado di innescare un processo di potenziamento di diritti seppure di contenuto essenzialmente economico³.

Parrebbe in ogni caso eccessivo ritenere che le esigenze della regolazione pubblica abbiano per l'innanzi totalmente sacrificato le istanze di libertà, non potendosi queste con tutta ovvietà farsi coincidere con quelle attinenti ai rapporti economici e non foss'altro perché la libertà di comunicazione non è parsa mai seriamente e decisamente pregiudicata per il solo fatto del monopolio dei mezzi comunicativi. In altri termini, il "contesto" non si è rilevato completamente ostile al "testo", così come in certo modo dimostrato dal fatto che non si sono mai registrati attacchi radicali al monopolio telecomunicativo⁴.

Al proposito, è anzi da ritenere che, nel settore qui considerato, il grimaldello costituito da un diritto di libertà civile sarebbe risultato verosimilmente assai più debole, tant'è vero che in seguito la breccia si produrrà direttamente sul fronte della libertà del

3 M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, pp. 59 ss.

4 A. CERRI, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, I, 1996, p. 779.

mercato elevato ormai a componente sistematica tramite il meccanismo di recezione dell'art. 11 Cost.⁵.

2. L'art 43 della Cost.

L'art. 43, nella sua vocazione originaria, al di là della specifica disciplina dei servizi pubblici, tendeva a configurare un modello economico, nel quale lo Stato regolava la produzione e la crescita dei settori strategici dell'economia, che in parte gestiva direttamente e in parte lasciava ad imprenditori privati. L'articolo rappresenta il risultato dei lavori svolti in Assemblea Costituente, durante i quali si optò per un modello che attribuisce allo Stato, nell'ambito dell'attività produttiva, un ruolo da protagonista, che andasse oltre quello di mero regolatore dell'economia. I costituenti si orientarono per un modello economico che si contrapponeva sia al collettivismo "puro", nel quale i pubblici poteri gestiscono tutte le attività di produzione, sia al sistema in cui il pubblico potere è soltanto il soggetto regolatore di attività di produzione riservate

⁵ P. COSTANZO, *Profili Costituzionali delle telecomunicazioni*, in cit., p. 5.

interamente ad imprenditori privati⁶. I sostenitori di una Costituzione garante del mercato, dell'impresa privata quale valore assoluto e della regola della concorrenza rappresentarono all'interno dell'Assemblea Costituente una parte decisamente minoritaria⁷.

L'*incipit* dell'art. 40 del progetto approvato dalla Commissione e presentato in Assemblea Costituente, non faceva riferimento all'utilità generale, ma al coordinamento delle attività economiche⁸. Si veniva dunque a configurare un modello economico nel quale si potevano disporre riserve di impresa ed appropriazioni pubbliche di singole imprese⁹ contemplando tre figure di collettivizzazione: statizzazioni, nazionalizzazioni e socializzazioni.

L'art. 43 Cost. fu immaginato in collegamento con l'art. 41 Cost; tra i suoi obiettivi principali vi era la realizzazione di un modello economico teso a "difendersi" dalle organizzazioni

6 Sul punto si veda M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 123; in Assemblea costituente si contrapposero da un lato il modello basato sul mercato, dall'altro quello basato sulla proprietà pubblica generalizzata.

7 G. AMATO, *La nuova Costituzione*, in G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 12; evidenza come la difesa dell'economia di mercato fatta dalle forze politiche cattoliche in Assemblea Costituente non fosse la difesa dei valori positivi del mercato, ma la difesa politica del regime di democrazia liberale. Per un'analisi dettagliata degli orientamenti all'interno dell'Assemblea Costituente, si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Associazione italiana costituzionalisti, *La Costituzione economica*, (11-12 ottobre 1991, Ferrara), Padova, 1997, pp. 9 ss. Per un diverso orientamento si veda L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituzione sulla "Costituzione economica"*, in *Diritto. Pubblico.*, I, 2000, p. 942.

8 Seduta del 13 maggio 1947, in *Assemblea Costituente*, II, pp. 1662 ss.

9 M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 133.

capitalistiche. L'identificazione del servizio pubblico con quella di "attività economica, destinata mediante programmi al perseguimento dei fini sociali" di cui all'art. 41 Cost.¹⁰, rendeva possibile, secondo l'art. 43 Cost., la riserva e il trasferimento a favore dello Stato di enti pubblici o di comunità di lavoratori o di utenti delle imprese che si riferissero a servizi pubblici essenziali.

Lo Stato veniva autorizzato a riservare a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, anche se ciò non impediva che l'iniziativa economica privata potesse essere presente nella gran maggioranza dei settori produttivi del sistema economico¹¹.

La presenza dello Stato nelle attività economiche inizia a diminuire dalla fine degli anni ottanta. In particolare, negli anni novanta, per effetto delle privatizzazioni, la disciplina dei servizi pubblici e la nozione di interesse pubblico subiscono una radicale modifica. La riserva in favore dello Stato diventa un'eccezione e cede di fronte alla applicazione della regola della concorrenza.

10 F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commento Costituzione*, I, Bologna – Roma, 1982, p. 193.

11 P. BONETTI, *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983, p. 53.

In dottrina, il primo nodo che emerse dall'interpretazione dell'art. 43 Cost., si pose in merito alla contrapposizione tra concezione oggettiva e concezione soggettiva del servizio pubblico.

Una parte della dottrina sosteneva l'esistenza di una categoria di servizi pubblici tanto ampia da comprendere accanto alle attività economiche assunte e gestite da soggetti pubblici, anche altre attività private rientranti nei programmi di settore¹².

Altro orientamento dottrinario costruiva una tesi restrittiva della categoria di servizio pubblico, sostenendo la natura pubblica soltanto per i servizi assunti direttamente dalla pubblica amministrazione¹³, evidenziando come la gestione dei servizi pubblici essenziali, non solo potesse essere nelle mani private, ma addirittura potesse essere da loro meglio gestita. Il dibattito dottrinario si concentrava sul ruolo dello Stato nelle attività economico-produttive. La riserva in favore dello Stato ed il monopolio pubblico dei servizi sarebbero stati costituzionalmente legittimi soltanto nei casi in cui si fosse dimostrata infruttuosa l'esperienza di una gestione sostenuta dalla libera iniziativa degli operatori privati.

12 S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 370.

13 U. POTOTSHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 144.

Si verifica dall'inizio degli anni novanta un totale ripensamento delle costruzioni teoriche¹⁴. L'applicabilità dell'art. 43 Cost. viene misurata in relazione al rispetto della regola comunitaria della concorrenza. Le teorie soggettive ed oggettive dei servizi pubblici perdono di attualità.

Per quanto riguarda le applicazioni della norma costituzionale, va detto che già in epoca pre-costituzionale, sussisteva il monopolio pubblico delle comunicazioni, regolato dal codice postale del 1936. Successivamente, i servizi postali e di comunicazione venivano sottoposti, dal d.p.r. 156/1973, a riserva originaria ai sensi dell'art. 43 Cost. Il codice del 1973 ribadiva che i servizi postali, telegrafici e di telecomunicazioni dovessero essere riservati allo Stato ed esercitati soltanto dall'amministrazione o mediante concessione.

Come abbiamo avuto l'occasione di delucidare in modo soddisfacente in precedenza, agli inizi degli anni novanta si è assistito ad un processo di privatizzazione dei pubblici servizi; questo ha portato alla nascita dell'esigenza di creare un'Autorità indipendente che controllasse il mercato di riferimento. In particolare nel settore delle telecomunicazioni, si afferma nel 1997

14 D. SORACE, *Servizi pubblici e (servizi economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 404.

l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con legge n. 249/1997. Questo inserimento sul mercato di pacchetti azionari delle società gestrici di servizi pubblici ha portato l'art. 43 Cost. alla perdita di effettività, con l'eccezione dei monopoli naturali. Tuttavia i venti delle privatizzazioni e della liberalizzazione del mercato, al passaggio del nuovo secolo, sembrano perdere di intensità¹⁵.

Secondo parte della dottrina, la soluzione sarebbe quella di accelerare sulla strada delle liberalizzazioni, secondo altri sarebbe opportuno mettere un freno. Tuttavia, va detto che la stessa Antitrust ha sostenuto la necessità che le reti dei servizi, su cui viaggiano i telefoni, la corrente, il gas fossero mantenute in mano pubblica. Occorre, infatti, ricordare che con l'art. 4 della l. 350/2003 (finanziaria 2004), si conferma l'istituto della *golden share*, adeguandolo semplicemente alla giurisprudenza comunitaria, bloccando di fatto la dismissione delle imprese pubbliche¹⁶.

Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, numerose sono le pronunce della Consulta nel settore delle

15 M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, I, 2003, pp. 91 ss.

16 G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 806.

telecomunicazioni. Il processo di liberalizzazione nei settori protetti si sviluppa a partire dagli anni ottanta, quando la Consulta, con pronuncia n. 303/1988¹⁷, dispose l'illegittimità dell'esenzione dell'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni da responsabilità per danni verso l'utente, per contrasto con l'art. 3 e 43 Cost., riducendo così le prerogative ed i privilegi dell'impresa pubblica. Tale esenzione risultava in contrasto con l'evoluta interpretazione dell'art. 43 Cost. che, secondo la Corte, istituendo uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e nozione di impresa, imponeva la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali.

Sulla medesima linea, si dichiarava incostituzionale, perché in contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 6 del d.p.r. 156/1973, nella parte in cui disponeva che il concessionario del servizio telefonico non fosse tenuto al risarcimento dei danni per l'interruzione dovuta a

17 Secondo una formula tralatticia, ricorrente nella giurisprudenza meno recente e ripresa dall'Avvocatura dello Stato, l'esenzione dell'Amministrazione delle Poste da responsabilità per danni verso l'utenza si giustificerebbe per la necessità "di garantire all'Amministrazione la più ampia discrezionalità nell'organizzazione del pubblico servizio", ponendola "al riparo da sanzioni risarcitorie per inconvenienti e imperfezioni nell'adempimento delle prestazioni, inseparabili dalle scelte organizzative da essa fatte, le quali possono anche tradursi nel mancato rispetto di regole di servizio da parte del dipendente, delle quali, per la complessità dell'organizzazione e la difficoltà dei controlli, non è possibile garantire l'assoluta e costante osservanza". Ma una simile giustificazione, improntata a una concezione del servizio postale come servizio puramente amministrativo, non regge di fronte all'art. 43 Cost., che ha istituito uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione di impresa. Se ne deduce che tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa.

sua colpa. I privilegi del servizio pubblico si riducono ulteriormente con l'intervento della Corte del 1994, sentenza n. 456/1994, che disponeva l'illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 6 del d.p.r. 156/1973, nella parte in cui si escludeva, mediante il richiamo dell'art. 25 del d.m. del 1930, la responsabilità del concessionario del servizio telefonico in caso di omessa o erronea indicazione dell'utente nell'elenco degli abbonati¹⁸. La Corte affermava che il concessionario di un servizio pubblico potesse essere assoggettato a disciplina speciale soltanto nel caso in cui non si alterasse l'equilibrato componimento degli interessi nel rapporto di utenza.

18 Nel corso di due giudizi promossi nei confronti della S.I.P. "Società concessionaria del servizio telefonico" da due utenti, i quali avevano visto il proprio nominativo rispettivamente omissso e trascritto in modo inesatto nell'elenco ufficiale degli abbonati, il Tribunale di Potenza, con due identiche ordinanze emesse il 10 marzo 1994, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni) e 25 del D.M. 11 novembre 1930 (Approvazione di uno schema di polizza a tipo unico per abbonamento al telefono) in quanto recepito dall'art. 2 del citato d.P.R. n. 156, nella parte in cui dette norme esonerano la società concessionaria (S.I.P.) dalla responsabilità nelle ipotesi descritte. Il giudice a quo premette: a) che si verte esclusivamente nell'ambito del risarcimento dei danni, per cui non è applicabile la disposizione che impone il preventivo esperimento del reclamo in via amministrativa, b) che entrambe le vicende sono anteriori al nuovo regolamento di servizio per gli abbonamenti telefonici approvato con D.M. 8 settembre 1988, n. 484. Nel merito il Tribunale remittente osserva che la norma di cui all'art. 6 esonera il concessionario da ogni responsabilità fuori dei casi stabiliti dalla legge, mentre nell'art. 2 si opera un rinvio alle disposizioni regolamentari, una delle quali sarebbe appunto quella contenuta nell'art. 25 del D.M. 11 novembre 1930. Tale sistema determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra concessionario ed utente, così da "alterare la materia sostanzialmente privatistica del rapporto tra gli stessi contraenti". A riguardo viene richiamata la giurisprudenza costituzionale in tema di responsabilità dell'amministrazione postale per la perdita di raccomandate e della S.I.P. per interruzioni del servizio dovute a sua colpa.

Alla luce della complessa evoluzione descritta occorre verificare la legittimità dell'art. 43 Cost. in relazione al diritto comunitario. Il principio generale è l'applicazione della regola della concorrenza anche nell'ambito dei servizi di interesse economico-generale, al fine di realizzare un mercato libero e aperto¹⁹. Il diritto comunitario è indifferente al fatto che le imprese siano in mano pubblica o privata; la disciplina che l'ordinamento comunitario detta per il soggetto economico attiene all'attività, a prescindere dalla proprietà.

In quest'ottica, il pubblico potere tende a ridurre le funzioni di gestione, concentrandosi su quelle di regolazione della concorrenza, delle tariffe e degli *standars* dei servizi, in un'attività di *social regulation*. Gli scopi e gli obiettivi delle privatizzazioni non possono prevalere sui diritti fondamentali della persona.

Le deroghe alla regola della concorrenza e del libero mercato, attraverso aiuti di Stato, o con l'attribuzione di poteri speciali (*golden shares*) o di esclusività (monopoli legali), non sono dunque giustificate dalla cura degli interessi economici dell'impresa, ma dal perseguimento degli obiettivi nazionali di politica economica ed

19 F. SORRENTINO, *l'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, pp. 1 ss.

industriale. Le deroghe al libero mercato non possono esaurirsi in un'attività di ingerenza; la regola della concorrenza non può avere l'effetto di ridurre i diritti sociali a meri diritti legali o ritenere le disposizioni costituzionali mere norme programmatiche²⁰.

3. Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999: si poteva fare meglio?

È venuto il momento di gettare lo sguardo sulla vicenda delle privatizzazioni in quanto il settore dei servizi a rete rientra tra quelli oggetto di interventi in tal senso.

Occorre giungere sino agli anni Novanta perché nei testi normativi la rete diventi centro di gravità autonomo, facendosi di per sé destinataria di discipline *ad hoc*. Ciò che accade in quest'epoca storica è in parte lo specchio dei mutamenti normativi già analizzati in ambito comunitario; per altra parte esso dipende da dinamiche interne all'ordinamento nazionale. Le discipline di

20 A. BALDASSARE, *Libertà. I. Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1988, p. 5.

liberalizzazione rappresentano senza dubbio il principale *corpus* normativo afferente le reti²¹.

Si intende far riferimento alle privatizzazioni sia formali che sostanziali per le quali il legislatore, disponendo la dismissione in favore della mano privata di interi settori strategici, non manca di disciplinare il passaggio degli *asset* già pubblici, come le reti.

La nostra storia inizia con il terremoto della crisi valutaria dell'estate del 1992 e si presenta con un "finale aperto": le privatizzazioni non sono concluse e quanto finora realizzato ha suscitato plauso ma anche interrogativi. Se risulta rafforzata la capacità di produrre reddito per quella parte rilevante dell'economia italiana che all'inizio del decennio era interamente di proprietà pubblica, incertezze sussistono sia rispetto ai confini tra attività economica privata e intervento pubblico sia sul grado di apertura alla concorrenza e quindi sugli effettivi benefici per i consumatori²².

La ricostruzione proposta in queste pagine ricerca la causa di queste incertezze nella mancanza di un consolidato favore per l'economia di mercato. Tra il 1992 e il 1999, i processi di riforma

21 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, p. 90.

22 A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1999–1999*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, I, 1999, p. 447.

dell'economia italiana hanno risentito della mancanza di un governo coeso che ponesse al centro della propria azione la riduzione dell'influenza della politica e la liberalizzazione dei settori monopolistici.

Ma se non tutti i segnali di oggi sono positivi, non deve essere perso di vista che è stato avviato un grande cambiamento che va esaminato in una prospettiva dinamica: con le privatizzazioni i partecipanti al mercato acquisiscono maggiori informazioni; nel contempo l'esperienza rivela che alcune scelte sono impraticabili e altre profittevoli.

Il tentativo condotto in questo paragrafo è di dare conto delle imperfezioni di quanto fin qui realizzato focalizzandosi sui vincoli di *policy makers*²³. Ma, per riprendere le argomentazioni di Avinash Dixit, non si possono attribuire giudizi di inefficienza se non si è in grado di dimostrare l'esistenza di una alternativa superiore, nel rispetto dei vincoli esistenti.

Le considerazioni che seguono hanno l'obiettivo di effettuare un'analisi dei punti di debolezza che il processo di privatizzazione

23 A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992–1999*, in *cit.*, p. 448.

ha mostrato evidenziandone le carenze comuni nei vari settori, con particolare riguardo a quello delle reti di telecomunicazioni.

La prospettiva qui è peculiare: si tratta di comprendere quale sia il regime giuridico applicabile alle dotazioni (e dunque anche delle reti) che passano dalla mano pubblica a quella privata. Il problema di cui maggiormente si discute è quello della privatizzazione formale e delle ripercussioni che il mutamento di forma del soggetto già titolare di beni destinati a pubblico servizio possa avere sulla titolarità e circolazione di essi²⁴. La rete passa a soggetti privati ma allo stesso tempo diviene destinataria di tutto un *corpus* normativo che ne valorizza la centralità rispetto ad una corretta liberalizzazione e coesione sociale. La progressiva ricerca della “neutralizzazione” ed “indipendentizzazione” della rete rispetto ai servizi ne impone un regime speciale: anche se di proprietà e gestioni private la rete diviene bene al servizio del mercato²⁵.

Quando il settore delle imprese pubbliche è “ampio”, la maggioranza dei politici non ha particolari incentivi ad adottare un

24 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2008, p. 91.

25 B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato dei servizi a rete*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano, p. 301.

programma di privatizzazioni dal momento che chi estrae rendite dall'impresa pubblica vede il proprio benessere minacciato da una gestione dell'impresa che massimizzi il valore delle azioni. Questa è pressappoco la situazione italiana fino all'inizio degli anni Novanta.

Le ingenti dimensioni delle imprese di proprietà pubblica²⁶ sono state alimentate da un'erogazione di fondi di dotazione molto elevata.

Poi nel 1992 si assiste ad un forte cambiamento di politica. Per ora è sufficiente anticipare che il timore della crisi finanziaria dell'estate del '92 ha rappresentato un incentivo forte alla trasformazione degli enti pubblici in Spa e alla previsione della procedura di privatizzazione e poi alla realizzazione delle prime dismissioni. Ma dopo di allora non vi è stato un consolidamento politico delle forze favorevoli alla riduzione della presenza pubblica²⁷. I governi che si succedono o hanno una vita attesa molto breve o sono divisi al loro interno.

26 La definizione di imprese pubbliche proposta dalla World Bank lascia spazio ad alcune differenze tra paesi (ad esempio circa l'inclusione delle imprese possedute dai governi locali o quelle in forma di aziende autonome).

27 A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1999–1999*, in *cit.*, p. 450.

Dalla decisione del CIPE del 30 dicembre 1992 il programma di privatizzazione entra nell'agenda di *policy* e viene realizzato un programma vasto. Il quadro normativo di riferimento si arricchisce, tra il 1993 ed il 1994, di una legge importante, la 474, che tocca diversi aspetti del processo: modalità di dismissione, poteri del Tesoro²⁸, regole di *corporate governance* tra cui l'introduzione di strumenti che dovrebbero favorire la partecipazione degli azionisti di minoranza.

L'assetto del governo delle imprese privatizzate appariva poco soddisfacente in quanto si andava conferendo agli amministratori un potere di controllo sull'impresa sostanzialmente incondizionato. Urgeva un intervento che riducesse questo rischio. Così, nell'aprile del 1995 vennero indicate come modalità sia l'offerta pubblica di vendita sia la trattativa diretta anche al fine di costituire un azionariato stabile²⁹.

28 Come noto con la *golden share* venne introdotto l'originale principio silenzio-dissenso. Nelle aule parlamentari si sollevò il problema e si propose una modifica (si veda l'intervento dell'on. Pinza del 22 giugno 1994) e si propose una modifica; ma gli emendamenti vennero però respinti dal governo (si veda le Commissioni Riunite Bilancio e Finanze, seduta del 5 luglio del 1994).

29 La decisione di costituire un azionariato stabile in caso di cessione mediante trattativa diretta, e quindi al momento della dismissione, si è però sovrapposta all'impianto originario dell'alternativa offerta pubblica/trattativa diretta, senza stabilire gli opportuni raccordi. La combinazione delle due procedure ha presentato alcuni profili di criticità; vedi Consob, *Comunicazione* n. 97004673, 27 maggio, in *Bollettino Consob*, n. 5.

Dal punto di vista quantitativo possiamo sintetizzare gli andamenti nei termini seguenti. La partenza è relativamente lenta; nei primi 30 mesi, tra la decisione del dicembre 1992 e la prima *tranche* dell'ENI del giugno del 1995, le dismissioni ammontano a circa 15.000 miliardi. Dopo una momentanea, ulteriore decelerazione si registra, tra la seconda metà del 1997 e il 1999, una sensibile ripresa (Telecom, Eni III, BNL). Negli anni intercorsi dal 1992 viene inoltre realizzata una ristrutturazione significativa dei due gruppi pubblici.

Tra l'estate del 1997 e la primavera del 1999 vengono attuate importanti riforme. Nel diritto delle società quotate è rafforzata la tutela delle minoranze e modificata la normativa sulla offerte pubbliche. Nelle telecomunicazioni vengono recepite le direttive che sanciscono la piena liberalizzazione, anche se con alcuni limiti valutati criticamente dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Tra l'agosto del 1998 e la primavera del 1999, gli strumenti messi in campo per controllare l'azione delle forze di mercato sono sottoposti a duri scossoni: la *golden share* non convince la Commissione di Bruxelles, che apre un procedimento nei confronti

del governo³⁰; i tetti possono cadere come dimostra la scalata a Telecom.

Alla fine del 1999, il processo di dismissioni e di risanamento dell'impresa pubblica non è ancora completato: si è solo avviata la privatizzazione dell'ENEL.

In questi anni numerose sono state le critiche al processo di privatizzazione. Esse possono essere riassunte in cinque gruppi: i processi di liberalizzazione non sono intervenuti con la necessaria tempestività e si è rafforzato il grado di monopolio delle imprese in via di privatizzazione; le privatizzazioni si sono rilevate “gattopardesche”: si sarebbe realizzato un massiccio trasferimento di risorse dal pubblico al privato che lascia inalterati i gruppi di potere economico preesistenti; il controllo rimane nella mani dello Stato e della politica; vi è scarsa chiarezza e trasparenza nei processi decisionali. Infine i metodi di vendita sono inefficienti e poco orientati al mercato³¹.

Il primo elemento che ha condizionato il processo di privatizzazione è che abbiamo avuto governi brevi. E l'aspettativa

30 Secondo la Commissione il diritto di porre il veto del Tesoro ad alcune decisioni dell'azienda non soddisfa le condizioni di essere applicabile in modo non discriminatorio, di essere giustificato da motivi imperiosi di interesse generale, di essere idoneo a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non oltre il raggiungimento di questo.

31 A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992–1999*, in *cit.*, pp. 453 ss.

di un governo breve incide sul suo impegno riformatore: i politici hanno un “diritto di proprietà” molto debole sulle riforme da loro realizzate e si appropriano della maggior parte dei benefici delle riforme solo se rimangono in carica.

Un altro fattore concerne il fatto che i governi possono essere poco coesi o divisi perché il controllo della legislatura è in capo a forze in parte diverse da quelle del governo o perché vi è un *power sharing* tra governo e Parlamento. È la patologia da governo diviso che in materia di liberalizzazione delle pubbliche utilità genera tempi lunghi. In particolare, nelle telecomunicazioni abbiamo una sequenza erronea (prima privatizzare e poi definire il quadro concorrenziale del settore).

Una delle caratteristiche del capitalismo è quella di una bassa propensione alla diversificazione. Se la propensione a diversificare è bassa e la proprietà delle imprese rimane concentrata, lo Stato incontra delle difficoltà a realizzare delle dismissioni.

Nella politica delle privatizzazioni si innesca un conflitto distributivo tra i vari percettori delle rendite e dei benefici distribuiti dalle imprese pubbliche e chi vorrebbe invece procedere alle dismissioni. Le privatizzazioni vengono in genere introdotte quando

il conflitto distributivo si risolve per un rafforzamento politico dei riformatori o quando una crisi finanziaria diviene probabile e sollecita anche i più legati alla proprietà statale a concedere un piano di dismissioni con i politici riformatori.

Prologo ed epilogo della nostra storia si assomigliano in modo poco rassicurante: il rischio che, mancando un definitivo consolidamento politico delle forze favorevoli alla privatizzazione, i vincoli fin qui ricordati continuino ad operare. Numerose questioni sulla *issue* privatizzazioni rimangono ancora aperte. Tra le altre: quali regole devono essere osservate nella gestione delle residue partecipazioni pubbliche; come deve essere modificata la *golden share*. Tali questioni richiedono interventi legislativi e passaggi parlamentari che non è difficile prevedere lunghi e controversi³².

4. Il decreto legge n. 332 del 31 maggio 1994

È necessario procedere all'analisi del decreto legge n. 332 in quanto rappresenta lo strumento con il quale si è attuata un'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni

³² A. MACCHIATI, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992 – 1999*, in *cit.*, pp. 465 ss.

dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, inoltre tale decreto individua quelle che possono essere definite le “peculiarità” della *golden share*.

All’art. 1 sono individuate le modalità delle dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici. L’alienazione delle partecipazioni viene effettuata di norma mediante offerta pubblica di vendita disciplinata dalla legge 18 febbraio 1992, n. 149³³; può inoltre essere effettuata mediante cessione delle azioni sulla base di trattative dirette con i potenziali acquirenti. In caso di cessione mediante trattativa diretta di partecipazioni in società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, possono essere individuate le società per le quali, al fine di costituire un nucleo stabile di azionisti di riferimento, la cessione della partecipazione deve essere effettuata invitando potenziali acquirenti, che presentino i requisiti di idonea capacità

33 La l. 149/1992, disciplinando le offerte pubbliche di vendita e di sottoscrizione, pone dei problemi interpretativi in ordine all'individuazione dell'oggetto della nuova regolamentazione, dal momento che l'elencazione dei valori mobiliari in essa contenuti è meramente esemplificativa ma riferibile con ampio margine di sicurezza a valori mobiliari cartolarizzati (azioni e obbligazioni convertibili) o, comunque, a valori mobiliari che attribuiscono diritti di voto (per es. azioni ordinarie, azioni privilegiate, azioni di risparmio convertibili e a eccezione, quindi, delle azioni di risparmio e delle obbligazioni), mentre l'esclusione delle offerte relative a valori mobiliari non quotati non emerge con chiarezza dal testo normativo. Queste rimangono, dunque, soggette alla disciplina generale dell'art. 18 della l. 216/1974, integrato dagli artt. 22, comma 4°, e 23, comma 2°, della l. 149/1992.

imprenditoriale, ad avanzare offerte comprensive dell'impegno di garantire determinate condizioni finanziarie³⁴.

Nel caso in cui tra i più partecipanti al nucleo stabile sia presente il Ministro del tesoro, questi può riservarsi il diritto di prelazione nel caso di cessione della partecipazione. Il Ministero del tesoro, ai fini della predisposizione ed esecuzione delle operazioni di alienazione delle azioni delle società, può affidare a società di provata esperienza e capacità operativa nazionali ed estere, l'attività di consulenza, valutazione, assistenza operativa.

Gli enti pubblici individuano criteri e procedure per la dismissione delle partecipazioni da essi detenute in conformità con le norme vigenti in materia di dismissioni di partecipazioni dello Stato.

All'art. 1 - *bis* sono regolate le tariffe ed il controllo della qualità dei servizi.

All'art. 2 si regola in modo esplicito la *golden share*. Tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, trasporti e delle telecomunicazioni,

³⁴ Sul punto vedi il sito www.normattiva.it dove viene esposto il testo del decreto n. 332 del 31/5/1994 convertito in legge con modificazioni dalla L. 30 luglio 1994, n. 474 (in G.U. 30 luglio 1994, n. 177), pp. 2 ss.

sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro del tesoro la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria: gradimento da rilasciarsi espressamente all'assunzione di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro; veto all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento di azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero; nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

All'art. 3 sono individuate le altre clausole statutarie che attribuiscono allo Stato e agli enti pubblici maggiori poteri di controllo. Le società operanti nei settori di cui all'art. 2 direttamente

o indirettamente controllate dallo Stato, possono introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore al cinque per cento, riferito al singolo socio. Il superamento di tale limite comporta il divieto di esercitare il diritto di voto e comunque i diritti aventi contenuto diverso da quello patrimoniale. Le clausole statutarie introdotte non possono essere modificate per un periodo di tre anni dall'iscrizione delle relative delibere assembleari.

5. La disciplina della “Golden share”

È venuto il momento di entrare nel merito della vicenda della privatizzazione, evidenziando gli strumenti messi in atto dallo Stato per garantire, nonostante la privatizzazione, l'accesso a “tutti” dei servizi di interesse economico generale. Analizzeremo nello specifico, quindi, l'impatto delle norme di liberalizzazione sul regime dei beni della rete.

Con i processi di liberalizzazione la disciplina dei beni delle reti viene letteralmente stravolta³⁵. L'unitarietà della rete, ove permane, fa sorgere la necessità di renderla disponibile anche ad

35 G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, p. 35.

altri soggetti del mercato e, quindi, di evitare che l'operatore di rete verticalmente integrato possa discriminare i concorrenti nel concedere l'accesso. Ciò incrementa il bisogno di protezione pubblicistica delle reti, specialmente di quelle nazionali, invece che spingere verso la loro privatizzazione sostanziale³⁶. Di qui le cautele poste per la "neutralizzazione" della rete e l'imposizione degli obblighi di accesso e di interconnessione.

La protezione pubblicistica delle reti nei processi di liberalizzazione è confermata dall'istituzione di società legali *ad hoc*, cioè per la gestione della rete, rimesse in mano pubblica³⁷.

La *ratio* di questa disciplina speciale è da rintracciarsi nell'interesse prevalente a consentire l'uso delle reti a condizioni oggettive, trasparenti e non discriminatorie da parte dei gestori di altre reti e/o da fornitori di servizi e, dunque, in ultima analisi, a tutelare l'assetto concorrenziale del mercato.

Questa osservazione porta taluni a parlare di "pubblicità sostanziale" delle reti, ovvero di reti come "beni ad uso comune del

36 M. RENNA, *I "beni pubblici" degli enti "privatizzati"*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, p. 307.

37 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in *cit.*, p. 173.

mercato”³⁸, ovvero ancora di “beni collettivi”(simili ai beni collettivi demaniali)³⁹, o addirittura del gestore della rete come “garante tecnico della concorrenza”. Tutte queste espressioni stanno a significare la prevalenza della destinazione, dell’asservimento della rete al mercato, con l’importante conseguenza che essa si impone a prescindere dal regime proprietario delle reti, cioè essa persiste anche quando le reti appartengono a soggetti integralmente privati (come nel caso, appunto, delle reti telefoniche)⁴⁰.

Adesso ci concentreremo, in particolare, su uno degli istituti tipici messi in atto dallo Stato per raggiungere tali obiettivi, la *golden share*.

Con il termine *golden share* si indica l’istituto giuridico, di origine britannica, in forza del quale uno Stato, durante e a seguito di un processo di privatizzazione di un’impresa pubblica, si riserva poteri speciali che possono essere esercitati dal governo durante il

38 B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, p. 363.

39 M. RENNA, *I “beni pubblici” degli enti “privatizzati”*, in *cit.*, p. 315.

40 Per quanti preferiscono ricondurre il fenomeno nell’ambito della controversa figura del “servizio pubblico”, il vincolo, l’assoggettamento di cui si discute troverebbe conferma nell’uso legislativo, con riferimento alle comunicazioni, del termine reti pubbliche (artt. 4, 5, 6, e 7, D.p.r. n. 318/1997, ora confluite nel Codice delle comunicazioni elettroniche, artt. 40 ss.) anche quando esse siano detenute e gestite da soggetti privati, cioè come nella quasi totalità dei casi. Il riferimento all’aggettivo “pubbliche” starebbe proprio a significare o a giustificare la sottoposizione a rigorosi vincoli atti a garantire la connessione alle stesse dei diversi gestori e pure l’interconnessione tra le varie reti, secondo le varie disposizioni generali dettate per la telefonia fissa: M. RENNA, *I “beni pubblici” degli enti “privatizzati”*, in *cit.*, p. 315.

processo medesimo. Fra questi poteri si segnalano quello di riservare allo Stato stesso un certo quantitativo azionario, nonché quello di nominare un proprio membro nel consiglio di amministrazione della società oggetto di privatizzazione che, a differenza degli altri componenti dell'organo di governo dell'impresa, goda di poteri più ampi⁴¹.

Tale istituto mira a tutelare l'interesse della collettività in quelle società che si occupano di settori di rilevante importanza detti anche *public utilities*.

La *golden share* non prevede una percentuale minima del capitale sociale che lo Stato deve detenere in una società per poterla esercitare. La quota in mano pubblica può essere al limite ridotta ad una sola azione, simbolica, e conferisce allo Stato un potere sulle scelte strategiche anche quando la privatizzazione è completata. Non è viceversa applicabile alle controllate e collegate che l'impresa pubblica deteneva prima e dopo la privatizzazione.

41 Il contenuto della clausola che attribuisce i poteri speciali è definito con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive e le clausole stesse sono approvate con deliberazione dell'assemblea straordinaria. I soci dissenzienti hanno facoltà di recesso. La disciplina sui poteri speciali si applica anche alle società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale sono riservati i poteri in questione (articolo 2, comma 3, del D.L. n. 332/1994).

Per quel che riguarda l'ordinamento italiano si riporta di seguito il testo della legge n. 474/1994.

La disciplina relativa alla *golden share* originariamente contenuta nel citato decreto legge è stata dichiarata dalla Corte di Giustizia in contrasto con le disposizioni del Trattato CE in materia di diritto di stabilimento (art. 43 Trattato CE), libera prestazione dei servizi (art. 49) e libera circolazione dei capitali (art. 56) con sentenza pronunciata il 23 maggio 2000.

In un secondo tempo, con riferimento alla normativa intervenuta successivamente alla prima procedura di infrazione (articolo 66 della legge n. 488/1999 - Legge finanziaria per il 2000 e d.P.C.M. 11 febbraio 2000), la Commissione ha di nuovo inviato, nel febbraio 2003, una lettera di messa in mora al Governo italiano, nella quale è stata prospettata, anche con riferimento alla violazione degli articoli 43 e 56 del Trattato CE.

Il Governo italiano, nelle osservazioni inviate alla Commissione il 4 giugno 2003 si è, tra l'altro, impegnato a procedere in tempi rapidi a una modifica della regolamentazione nazionale in materia di esercizio dei poteri speciali, così da restringere la portata di tali poteri e renderli pienamente conformi ai

principi del diritto comunitario e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L'articolo 4, commi 227-231, della legge finanziaria per il 2004 (legge n. 350/2003) ha conseguentemente operato una generale revisione della suddetta disciplina.

In particolare, il comma 227 novella interamente il comma 1 dell'articolo 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, che reca la disciplina dei poteri speciali.

Il nuovo testo mantiene inalterato l'ambito di applicazione dei poteri speciali, che possono essere previsti per società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nei settori della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e, in generale, dei pubblici servizi.

Anche la procedura di individuazione delle società nei cui statuti, prima della perdita del controllo da parte dello Stato, debbano essere inserite clausole che comportino l'attribuzione di poteri speciali al Ministro dell'economia e delle finanze rimane inalterata. L'individuazione di tali società ha luogo mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su

proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive e con i Ministri competenti per settore, e previamente comunicato alle competenti Commissioni parlamentari.

L'esercizio dei poteri speciali è affidato al Ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive.

Nel nuovo testo viene meno, rispetto alla disciplina previgente, la previsione in base alla quale l'esercizio dei poteri speciali avrebbe dovuto tener conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale.

Le successive lettere del comma 1 dell'articolo 2 della legge n. 474/1994 definiscono i contenuti e gli effetti dei poteri speciali.

La lettera a) attribuisce al Ministro il potere di opporsi all'assunzione di partecipazioni rilevanti, vale a dire di partecipazioni pari almeno al 5% del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto. Ai fini della definizione di

partecipazioni rilevanti il Ministro può, peraltro, anche stabilire, con proprio decreto, una percentuale più bassa⁴².

Il potere di opposizione sostituisce il potere di esprimere il proprio gradimento, che era previsto dalla precedente disciplina. Pertanto, in caso di silenzio del Ministro, la nuova formulazione, al contrario di quella previgente, comporta l'assenso all'assunzione di partecipazioni rilevanti.

L'opposizione deve essere espressa entro dieci giorni dalla comunicazione dell'acquisto della partecipazione, che deve essere effettuata dagli amministratori della società al momento della richiesta di iscrizione nel libro dei soci. Per l'espressione del gradimento era previsto un termine di 60 giorni.

Con un'innovazione rispetto alla disciplina previgente, l'esercizio dell'opposizione deve trovare giustificazione nel fatto che il Ministro ravvisi nell'assunzione di partecipazioni rilevanti un pregiudizio concreto agli interessi vitali dello Stato e deve avere

42 Il raggiungimento del limite che costituisce una partecipazione rilevante è valutato calcolando, nel caso in cui si tratti di una persona fisica, le quote detenute dal socio e dai membri del suo gruppo familiare (coniuge non separato legalmente e figli minori). Sono altresì calcolate le quote detenute dal gruppo di appartenenza, costituito dal soggetto (anche diverso da una società) che esercita il controllo, dalle società controllate e dalle società collegate. Sono, infine, computate anche le quote detenute, direttamente o indirettamente, dagli aderenti a patti parasociali, nel caso in cui tali patti riguardino il 10% delle azioni con diritto di voto nel caso di società quotate e il 20% delle quote o delle azioni con diritto di voto nel caso di società non quotate.

luogo attraverso un provvedimento debitamente motivato in relazione a questo profilo.

La lettera b) attribuisce al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di opporsi alla conclusione di patti parasociali, nel caso in cui gli aderenti al patto rappresentino almeno il 5 per cento del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria. Il Ministro, con proprio decreto, può peraltro fissare una percentuale minore. Anche in questo caso il potere di opposizione sostituisce quello di espressione del gradimento.

La lettera c) conferma il potere di veto all'adozione di delibere relative ad operazioni straordinarie o, comunque, di particolare rilevanza. Si tratta delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale e delle delibere volte a modificare lo statuto, sopprimendo o modificando i poteri speciali.

La riformulazione della lettera d) limita i poteri di nomina del Ministro dell'economia e delle finanze alla nomina di un amministratore senza diritto di voto. La disciplina precedente

prevedeva la nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.

Prima di passare in rassegna l'evoluzione dell'istituto in esame da un punto di vista prettamente giurisprudenziale sarà necessario effettuare un *excursus* sugli ultimi provvedimenti posti in essere in ordine di tempo dal Legislatore sulla tematica relativa agli strumenti usati dallo Stato per “controllare” le società operanti nei settori considerati strategici.

Ultimi in ordine di emanazione sono i d.P.R. n. 85 e 86 del 25/3/2014 entrati in vigore il 7/6/2014⁴³. Il d.P.R. n. 85 è rubricato: “Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni”. Tale provvedimento procede innanzitutto a individuare il suo ambito di applicazione che riguarda principalmente ogni settore che possieda il bene “rete”, fra questi, non possiamo non inserire, il settore delle comunicazioni elettroniche. Fra gli “attivi di rilevanza strategica” vengono inclusi i settori che forniscono il servizio universale, i servizi a banda larga

43 Nella Rivista della Regolazione dei Mercati è possibile analizzare per intero il testo del d.P.R. 85 e 86 del 25/3/14, consultabili a loro volta sul sito: www.gazzettaufficiale.it.

ed ultra larga, gli elementi dedicati per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa.

Nell'art. 4 si procede a confermare l'obbligo di notifica, per la tutela di interessi essenziali dello Stato, per le operazioni concernenti: fusione, scissione, trasferimento sede sociale all'estero, aumento, diminuzione capitale sociale, modifica dell'oggetto sociale ecc..

Il secondo d.P.R. n. 86 emanato sotto la spinta del neo-entrato governo "Renzi" è rubricato: "Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni". Il presente provvedimento reca la disciplina di attuazione dei poteri speciali dello Stato negli attivi strategici individuati dal regolamento precedentemente analizzato. Individua, quale organo preposto all'esercizio dei poteri speciali, un ufficio della Presidenza del Consiglio dei ministri di livello almeno dirigenziale generale o equiparato, predisponendo anche un gruppo di coordinamento presieduto dal responsabile dell'ufficio competente. Si prevede inoltre la predisposizione di adeguate modalità e procedure

telematiche necessarie a garantire il tempestivo esercizio dei poteri speciali.

Elemento innovativo rispetto al passato è l'istituto del monitoraggio delle determinazioni assunte a seguito del decreto di esercizio dei poteri speciali inserito nell'art. 7 del provvedimento. Qualora vi sia il rischio di mancato o intempestivo rispetto delle determinazioni assunte con il decreto di esercizio di poteri speciali, l'ufficio incaricato del monitoraggio trasmette alla Presidenza del Consiglio una completa informativa⁴⁴.

I provvedimenti appena commentati risultano essere gli ultimi in ordine di tempo per quanto riguarda la tematica affrontata, bisogna però mettere in guardia sul fatto che le spinte a livello comunitario potrebbero modificare in modo radicale tale normativa che come vedremo nei due paragrafi successivi viene adattata sulla base delle risultanze giurisprudenziali europee.

⁴⁴ Veda l'art. 4, 5, 6, 7 del d.P.R. n. 86 sul sito www.gazzettaufficiale.it.

5.1 La sentenza della Corte di Giustizia, del 6/12/2007, C-464/04

Interessa adesso mettere in risalto come la disciplina della *golden share* abbia trovato una via di regolamentazione “non convenzionale”, quale quella giurisprudenziale.

Il d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e la successiva conversione in legge con modificazioni dell'11 maggio 2012, n. 56, rappresentano l'ulteriore intervento posto in essere negli ultimi anni dal legislatore italiano per cercare di definire, attraverso l'introduzione di poteri speciali di *governance* societaria e di strumenti di difesa, una strategia di salvaguardia degli assetti proprietari delle società che operano in quei settori reputati strategici e d'interesse nazionale da possibili scalate ostili⁴⁵. Oggetto dell'intervento normativo è la disciplina della cosiddetta *golden share*, relativamente alla quale vengono riformulate le condizioni e l'ambito di esercizio dei poteri speciali dello Stato sulle società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché in taluni ambiti di attività definiti

45 Il tema della tutela degli *asset* strategici trova spazio, soprattutto, nell'ambito delle privatizzazioni, su cui, in generale, ci si limita a ricordare: M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 519 ss.; M. CLARICH e A. PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto*, IV ed., *Disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2000, pp. 432 ss.; N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 435 ss.; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 464 ss.

di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni⁴⁶.

Le ragioni che hanno spinto il Governo italiano ad adottare tale provvedimento sono da rinvenire soprattutto nella decisione del 24 novembre 2011, con la quale la Commissione UE ha deferito l'Italia alla Corte di Giustizia, successivamente all'apertura di una procedura di infrazione inerente alle regole dettate in tema di poteri speciali attribuiti allo Stato nell'ambito delle società privatizzate nel corso degli anni '90, in particolare di Eni, Enel, Finmeccanica e Telecom Italia. Tale disciplina, infatti, veniva considerata dalla Commissione Europea lesiva degli artt. 43 e 56 del Trattato, vale a dire della libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. Il tentativo del nostro ordinamento di conformarsi ai dettami europei attraverso il provvedimento in esame si manifesta soprattutto nell'indicazione delle aree di riferimento (assenti nella precedente disciplina).

Prima dell'emanazione della nuova normativa, infatti, non essendo definiti nello specifico i campi di applicazione,

46 Sulla *golden share* si vedano, in generale, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, pp. 579 ss; ID., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 8, pp. 855 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995, pp. 165 ss.

sostanzialmente tutti gli interventi stranieri avrebbero potuto essere considerati di rilevanza strategica. Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, anche il nuovo testo non scioglie il nodo in maniera definitiva.

La Corte di Giustizia si è pronunciata⁴⁷ sulla compatibilità dell'articolo 2449 del Codice civile con l'articolo 56 del Trattato CE a seguito di una serie di questioni pregiudiziali sollevate dal Tar della Lombardia con ordinanza del 29 settembre 2004.

Nell'ordinanza, il giudice nazionale aveva chiesto alla Corte di valutare la conformità dell'art. 2449 c.c con l'art. 56 del Trattato CE, così come interpretato dalla Corte in quanto la sua applicazione appariva idonea ad introdurre una severa limitazione alla possibilità di partecipazione effettiva alla gestione ed al controllo reale di una

47 Il dispositivo della sentenza viene riportato qui di seguito: “L'art. 56 CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società”; per un'analisi dettagliata della questione vedi L. ALLA, Corte di Giustizia CE, sentenza 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, in tema di compatibilità dell'art 2449 codice civile con l'articolo 56 del Trattato CE, in *Amministrazione in Cammino*, Servizi pubblici/giurisprudenza, 2008, p. 1.

società per azioni al di fuori degli ambiti di esercizio legittimo dei poteri speciali. Ad avviso della Corte, una disposizione nazionale quale l'art. 2449 c.c. costituisce una “*restrizione*” ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1 del Trattato CE, che proibisce “*qualsiasi misura nazionale idonea ad impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possa dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime*”.

La previsione nazionale, infatti, consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del Consiglio di Amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso in virtù della loro qualità di azionisti, mettendo, in tal modo, a disposizione degli azionisti pubblici uno strumento che, se da un lato fornisce a tali soggetti la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dell'investimento effettuato, dall'altro automaticamente riduce l'influenza degli altri azionisti limitandone, di fatto, la possibilità “*di partecipare alla società interessata con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione*”.

effettiva alla sua gestione o al suo controllo”. La Corte rileva altresì come il principio della libera circolazione dei capitali possa essere limitato solamente da provvedimenti nazionali che si giustificano per le ragioni di cui all’art. 58 CE o per motivi imperativi di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi.

In mancanza di misure di armonizzazione comunitaria, spetta, infatti, in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto.

La Corte ricorda come la stessa giurisprudenza comunitaria riconosca che in determinate circostanze può essere ritenuto giustificato che *“gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici”*.

In tale linea di ragionamento, i Giudici comunitari osservano tuttavia che una previsione quale quella di cui all’articolo 2449 del codice civile, che *“non sottopone ad alcuna condizione”*,

l'inserimento nello statuto di una società per azioni di un diritto per lo Stato o per un ente pubblico che hanno partecipazioni in quest'ultima di nominare direttamente uno o più membri del Consiglio di Amministrazione, non possa essere ritenuta giustificata alla luce della giurisprudenza comunitaria.

5.2 La sentenza della Corte di Giustizia, del 26/3/2009, C-326/07

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza C-326/07 del 26 marzo 2009, ha giudicato incompatibili con la normativa comunitaria i poteri speciali, la cosiddetta “*golden share*”⁴⁸, detenuti dallo Stato italiano in Telecom Italia, Eni, Enel e Finmeccanica e ha condannato l'Italia, così accogliendo le conclusioni della Commissione Europea, che a giugno 2006 aveva deferito il nostro Paese alla Corte di Strasburgo per la violazione degli articoli 56 e 43 del Trattato CE⁴⁹.

48 S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, VIII, 2001, pp. 855 ss; C. AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. civ.*, II, 1999, pp. 294 ss; F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, III, 2000, pp. 1236 ss; E. BOSCOLO, *La golden share di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, IV, 2002, pp. 479 ss.

49 Per un primo commento della sentenza in epigrafe evidenziata, M. COLANGELO, *Golden share, diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.*, IV, 2009, pp. 224 ss.

I giudici di Strasburgo hanno stabilito che: *“La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all’art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti: in forza degli artt. 43 CE (libertà di stabilimento) e 56 CE (libera circolazione dei capitali), nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall’art. 2, comma 1, lett. a) e b), del predetto decreto legge, come modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e in forza dell’art. 43 CE, nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art. 2, comma 1, lett. c)”*.

Particolare attenzione la Corte di Strasburgo , ha prestato ai poteri speciali che prevedono la possibilità per lo Stato di opporsi all’assunzione, da parte di investitori privati, di partecipazioni rilevanti, pari ad almeno il 5% dei diritti di voto, in ambiti societari

(quali Telecom Italia) o di porre il veto alla stipula di patti o accordi tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto. Incompatibile con le norme UE anche la possibilità per lo Stato di opporsi all'adozione di delibere relative allo scioglimento delle società, al trasferimento all'estero della sede sociale, al cambiamento dell'oggetto sociale, alla modifica dello statuto in previsione della soppressione o della modifica della *golden share*, alla nomina di un amministratore senza diritto di voto. Assai significativo, inoltre, appare la distinzione che la Corte opera nella sentenza in riferimento ai poteri di opposizione dello Stato all'acquisizione di partecipazioni e alla conclusione di patti tra azionisti o al potere di porre un veto a talune decisioni della società. In ordine ai poteri di opposizione, argomenta la Corte, il rispetto del principio di proporzionalità esige, in primo luogo, che i provvedimenti adottati siano atti a conseguire gli obiettivi perseguiti⁵⁰.

Per quel che riguarda l'esercizio del potere di veto, la Corte afferma che nulla è precisato nell'ambito del decreto del 2004: *“In mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono*

⁵⁰ C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *astrid-online.it*, 2009, p. 6.

di esercitare il potere in parola, dice la Corte, gli investitori non sanno quando tale potere di veto possa trovare applicazione e i criteri da esso fissati non sono dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili”.

Incompatibile con il diritto comunitario anche l’affermazione secondo cui *“il potere di veto deve essere esercitato soltanto in conformità con il diritto comunitario e la circostanza che il suo esercizio possa essere soggetto al controllo del giudice nazionale”.*

In Italia, la svolta in tema di “poteri speciali” si è avuta con l’entrata in vigore della Legge 350/2003, che ha fissato, al riguardo, alcuni principi generali di riferimento.

La riforma ha teso a ridefinire il concetto di “poteri speciali”, da intendersi come poteri che non tendono ad incidere sulla gestione ordinaria delle imprese privatizzate, ma esclusivamente su quelle modificazioni dell’atto costitutivo o, comunque, su quelle operazioni societarie in grado di ledere o pregiudicare gli interessi vitali dello Stato.

Il tema dei poteri speciali in Italia non può essere inteso sino in fondo se non alla luce di quanto dettato dall’intero sistema normativo comunitario. Ciò in quanto, la sentenza in commento ne

è testimonianza, le normative nazionali degli Stati membri relative a processi di privatizzazione sostanziale e contenenti espliciti riferimenti a *golden share* o, comunque, posizioni di “privilegio” per l’azionista pubblico o addirittura per soggetto pubblico a prescindere dalla effettiva partecipazione al capitale delle *ex* imprese pubbliche, possono presentare contrasti o, comunque, forme di incompatibilità con alcuni principi fondamentali dell’intero ordinamento comunitario⁵¹.

Il punto da cui prendere le mosse è costituito dalla Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari (97/C-220/06), nella quale, dopo aver tracciato il quadro normativo di riferimento relativo alle disposizioni fondamentali del Trattato UE in tema di libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento, si procede alla classificazione delle varie disposizioni legislative e regolamentari di alcuni Stati membri nel seguente modo: disposizioni a carattere discriminatorio e cioè applicabili esclusivamente agli investitori cittadini di un altro Stato membro dell’Unione Europea; disposizioni a carattere non discriminatorio che si applicano

⁵¹ Sul tema, E. BOSCOLO, *La golden shares di fronte al giudice comunitario (Nota a Corte giust. Comunità europee, 4 giugno 2002, n. 503/99)*, in *Foro it.*, IV, 2002, p. 480.

indistintamente ai cittadini di un determinato Stato membro dell'Unione Europea e ai cittadini degli altri Stati membri.

Per quel che riguarda il primo tipo di provvedimenti, la Commissione tende a ritenerli restrittivi della libertà di operare investimenti nell'ambito dell'Unione Europea. Rispetto ai provvedimenti non discriminatori, consistenti in diritti conferiti alle autorità nazionali in deroga ai principi cardine del diritto societario di porre un veto a determinate decisioni importanti dell'impresa o di nominare componenti degli organi amministrativi, la Commissione, richiamando gli orientamenti consolidati della Corte di Giustizia UE, stabilisce che tali provvedimenti nazionali, che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, devono soddisfare quattro condizioni: applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse generale, essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il conseguimento di questo. Partendo da questi principi fondamentali, la Commissione ha analizzato diversi regimi di *golden share* o di poteri speciali operanti nei singoli Stati membri anche attraverso le c.d. "*peer reviews*" ed ha avviato

diverse procedure formali di infrazione nei confronti dei diversi Stati, tra cui anche l'Italia⁵².

Alcuni commentatori rilevarono, in relazione alla decisione in esame, che la Corte non aveva statuito un'assoluta inutilizzabilità dell'istituto della *golden share*, ma espresso le proprie “perplexità” esclusivamente con riguardo alle modalità attraverso le quali tale strumento veniva utilizzato, sottolineando che l'uso del medesimo doveva fondarsi su criteri oggettivi e trasparenti e che il richiamo al concetto di interesse nazionale, come limite agli investimenti stranieri, fosse da ritenersi non sempre e *tout court* condivisibile e, pertanto, alla stregua di un criterio discrezionale non trasparente ed in grado di realizzare ingiustificate discriminazioni contro gli investitori esteri. Ferma restando la particolare incisività dei poteri speciali italiani, sì come originariamente individuati dalla Legge 474/1994, val la pena svolgere, in questa sede, alcune considerazioni in ordine alle statuizioni contenute nella succitata sentenza della Corte di Giustizia. In particolare, non sembra che la Corte abbia inteso valutare tali poteri anche nell'ottica “interna” e non solo in raffronto con il sistema normativo comunitario;

52 C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *cit.*, p. 22.

d'invero, sarebbe stato assai più proficuo affrontare il principio di non discriminazione tenendo conto che la tutela degli interessi vitali, sottesi alle norme in oggetto, doveva essere considerata come tutela di interessi nazionali essenziali in generale, senza riferimento alcuno a profili di nazionalità dei potenziali soggetti sia pur solo in ipotesi danneggiati da detti provvedimenti. In ciò la Corte avrebbe dovuto prendere in considerazione anche altre disposizioni del Trattato, tra le quali, soprattutto, l'art. 86 (*ex art. 90*)⁵³. I giudici di Strasburgo, inoltre, condannando lo Stato italiano, non hanno tenuto in considerazione il d.P.C.M. adottato dal Governo in data 11 febbraio 2000 con il quale si modificavano alcuni aspetti sostanziali relativamente all'esercizio dei poteri speciali.

L'art. 1 del d.P.C.M., in adesione ai dettami comunitari, stabilisce che i poteri speciali in oggetto sono volti a salvaguardare interessi vitali dello Stato, rispondendo ad esigenze imprescindibili di interesse generale, con un esplicito riferimento a valori interni fondamentali quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la

⁵³ Nonostante tale posizione della Corte, a conferma dell'importanza del vaglio comunitario in materia di *golden shares* o comunque di poteri speciali, qualche autore, in particolare H. FLEISCHER, *Case Note on the ECJ Golden Share-Cases*, in *Common Market Law Review*, 40, 2003, pp. 493 ss., ha costruito il concetto di *golden share* virtuosa e conforme al diritto comunitario, caratterizzato dai seguenti elementi: esistenza di un testo normativo preciso; un sistema di controllo statale successivo e non di autorizzazione preventiva; termini di tempo precisi per esporre l'opposizione; obbligo di motivare l'interferenza dello Stato; controllo giurisdizionale effettivo.

sanità e la difesa ed in ogni caso nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno e comunitario ed in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di promozione della concorrenza e del mercato.

Ciò che occorre precisare è che la previsione di determinati poteri speciali in capo al Governo, attivabili solo in presenza di esigenza di tutela di interessi vitali dello Stato, è dettata anche nell'ottica di consentire che gli obblighi di servizio pubblico siano effettivamente rispettati. Una simile impostazione è di notevole importanza, ritenendo possibile che le normative nazionali in tema di poteri speciali possano essere considerate comunque compatibili con l'ordinamento comunitario proprio in virtù dell'applicazione della deroga prevista dall'articolo 86, comma 2, del Trattato UE, sebbene considerate, in ipotesi, in contrasto con altre disposizioni del Trattato, quali, ad esempio, quelle in tema di circolazione dei capitali. L'articolo 86, comma 2, del Trattato, infatti, si esprime in termini di “*non ostacolo*” all'adempimento della missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Ciò che sembra sfuggire al Giudice europeo è l'evidente sproporzione tra la situazione esistente in Stati in cui la proprietà delle *public utilities* risulta essere saldamente in mano pubblica, né risultano esserci in corso processi di concorrenza “nel mercato” o “per il mercato” e la censura della sentenza in esame, rivolta ad uno Stato che, pur nelle difficoltà e nella contraddizione, ha sviluppato processi di privatizzazione e liberalizzazione e che, attraverso l'istituto della *golden share* tende a mantenere una forma di controllo strategico-residuale nelle mani del Governo a fronte di eventuali interventi di modifica degli assetti proprietari delle *public utilities* potenzialmente in grado di ledere gli interessi generali dei cittadini⁵⁴.

Appare, pertanto, assolutamente condivisibile la precisazione della Commissione secondo la quale non sussiste alcun nesso causale tra, da un lato, la necessità di assicurare l'approvvigionamento energetico nonché la fornitura dei pubblici servizi e, dall'altro, il controllo dell'azionariato e della gestione di un'impresa. Né può sostenersi che la Corte di Giustizia abbia inferto un colpo di scure all'intero sistema della *golden share*, sì come

54 C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *cit.*, p. 25 – 26.

disciplinato nel nostro ordinamento, dal momento che le censure contenute nella sentenza del marzo 2009 sono limitate al disposto dell'art. 1, comma 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004, non investendo l'istituto della *golden share* previsto e disciplinato dal decreto legge n. 332/1994. In particolare, infatti, gran parte delle censure mosse dalla Commissione riguardano la presunta illegittimità dei poteri speciali, il cui regime è previsto nel decreto legge n. 332/94.

6. Natura strategica delle reti di comunicazione e tutela degli interessi pubblici

Occorre adesso affrontare, se pur per cenni, l'articolata vicenda della natura strategica delle reti di comunicazione in rapporto alle numerose situazioni giuridiche soggettive pubbliche che si intersecano con il tema telecomunicativo.

Per dare un po' d'ordine al nostro discorso, non sembra arbitrario individuare, nell'arco di tempo già trascorso a far data dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, una fase, nella quale le telecomunicazioni si sono configurate essenzialmente

come mezzo per l'esercizio della libertà di comunicazione notoriamente tutelata dall'art. 15 Cost.⁵⁵: più particolarmente, mentre la presenza del monopolio statale ha sicuramente compresso l'iniziativa economica privata, privilegiando lo statuto giuspubblicistico dell'unico gestore, a sua volta legato allo Stato da un rapporto concessorio di natura amministrativa, i problemi di natura costituzionale di maggior momento hanno riguardato soprattutto il regime del rapporto comunicativo, vuoi sotto il profilo della riservatezza delle comunicazioni, vuoi sotto quello dei poteri d'indagine che all'autorità giudiziaria debbono essere riservati per la persecuzione di fattispecie penalmente rilevanti⁵⁶.

Occorre ora interrogarsi sul regime giuridico dei dati e delle informazioni che i diversi servizi erogati sulle reti telecomunicative sono in grado di veicolare.

Al proposito, non pare inopportuno ribadire l'estrema difficoltà di distinguere ancora tra attività comunicative in senso stretto e attività di tipo audiovisivo in ragione del tipo di

⁵⁵ Per un approfondimento della tematica relativa all'art. 15 Cost. vedi S. CASSESE, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Padova, 1999, pp. 323 ss; vedi anche G. BASCHERINI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione Italiana*, Firenze, 1949, p. 749.

⁵⁶ P. COSTANZO, *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 6 ss.

infrastruttura diffusiva (cavo, radiofrequenze terrestri o satellitari, ecc.). Significativamente, del resto, la stessa legge n. 223 del 1990 esordiva, riferendo se stessa alla diffusione di programmi radiofonici o televisivi realizzata con qualsiasi mezzo tecnico, mentre all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la legge n. 249 del 1997 perveniva ad affidare competenze che concernevano il complessivo settore delle strutture e dei servizi, indipendentemente dalla loro pertinenza all'una o all'altra delle attività in questione ed anzi superandole entrambe per estendersi anche al campo editoriale⁵⁷.

Pertanto era solo il tipo di contenuto comunicativo a chiamare, di volta in volta, in causa un determinato assetto di possibili garanzie e limiti correlati. Così, qualora si versasse in tema di comunicazione interpersonale, il paradigma di riferimento era l'art. 15 Cost., che garantiva, oltre alla libertà, anche la segretezza dei messaggi e delle informazioni trasmesse sia nei confronti dell'autorità pubblica, sia nei confronti di qualsiasi terzo privato:

⁵⁷ P. COSTANZO, *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in *cit.*, pp. 9-10.

segretezza che, a seguire la stessa giurisprudenza costituzionale, si estendeva anche ai dati identificativi della chiamata⁵⁸.

Si poneva in ogni caso il problema della legalità dei comportamenti sulle reti telecomunicative, dal momento che, sia l'art. 15 Cost., sia l'art. 21 Cost., recavano univoche indicazioni in proposito. Così, mentre la libertà di manifestazione del pensiero per via telecomunicativa continuava ad incontrare il limite esplicito del buon costume e di quelli implicitamente ricavabili da altre regole costituzionali, anche la libertà di comunicazione interpersonale sulle reti poteva essere assoggettata a limiti funzionali al perseguimento di obiettivi costituzionalmente rilevanti quali

58 Per un approfondimento della tematica bisogna far riferimento alla sentenza n. 34 del 1973 e alla sentenza n. 81 del 1993. Nella prima fu sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 226, ultimo comma, del codice di procedura penale. Nell'udienza dibattimentale del 15 giugno 1971 il tribunale, dopo aver rilevato che uno dei principali indizi a carico degli imputati era stato acquisito nel corso delle indagini preliminari mediante l'intercettazione, regolarmente autorizzata dalla procura della Repubblica, dall'apparecchio telefonico dell'albergo ove si sospettava che avvenissero gli incontri organizzati dai pervenuti, pronunciava ordinanza con la quale sollevava questione di legittimità dell'art. 226, ultimo comma, c. p. p., in relazione agli artt. 15 e 24 Cost. Mediante l'intercettazione vengono ricavate dalla viva voce dell'indiziato ammissioni ed argomenti di prova che possono poi essere utilizzati contro lo stesso. E questo è proprio ciò che la novella del 1969 voleva evitare; addossando all'accusa l'onere di raccogliere le prove sufficienti a carico dei sospettati. Nel nostro sistema la compressione del diritto di riservatezza delle comunicazioni telefoniche non resta affidata all'organo di polizia, ma si attua sotto il diretto controllo del giudice. In definitiva la disciplina vigente sulle intercettazioni telefoniche qui in esame non si pone in contrasto con l'art. 15 della Costituzione. Nella sentenza n. 81 del 1993, invece, siamo di fronte alla richiesta del pubblico ministero di produrre in giudizio il tabulato telefonico recante l'indicazione delle ore e dei giorni nei quali l'utenza telefonica intestata all'imputata, erano state effettuate chiamate dirette ad altra utenza. Il giudice rimettente definisce intercettazione telefonica soltanto l'azione diretta a consentire la presa di cognizione del contenuto di una conversazione intercorrente tra le altre persone, ed esige solo per operazioni di tale genere le cautele assicurate dagli artt. 266 e seguenti c. p. p. La Corte, quindi, non ricomprende l'acquisizione di informazioni relative al fatto storico della conversazione telefonica e che la relativa operazione tecnica non è, allo stato, assistita dalle garanzie apprestate dagli artt. 266 e ss. Vedi www.consultaonline.it.

esemplarmente la repressione dei reati e la piena esplicazione della funzione giudiziaria⁵⁹.

In questa prospettiva, i principi costituzionali non potevano soffrire eccezioni in dipendenza di qualsivoglia peculiarità del sistema telecomunicativo.

Dopo aver passato in rassegna la tematica del trattamento dati, nel contesto delle telecomunicazioni, da un punto di vista prettamente costituzionale, quale si impone in ogni caso al momento dell'ingresso di un nuovo istituto nell'ordinamento nazionale, è arrivato il momento di effettuare un *excursus* sugli effetti che l'innovazione tecnologica ha provocato nel settore in esame. In particolare l'evoluzione delle tecnologie ha fatto balzare agli occhi la lacunosità della normativa di settore, facendo sorgere la necessità di una regolamentazione che effettui un bilanciamento fra esigenze contrapposte: quella di non intralciare il processo evolutivo con misure restrittive all'innovazione; e quella di garantire i principi fondamentali contenuti negli art. 15 e 21 Cost.

Con le innovazioni illustrate nei paragrafi precedenti relative alla tematica della *golden share* e la vicenda della strategicità legale

⁵⁹ P. COSTANZO, *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in *cit.*, pp. 10 - 11.

all'innovazione e allo sviluppo tecnologico vi è uno stretto legame derivante dal fatto che nonostante la liberalizzazione dei servizi telecomunicativi lo Stato ha continuato ad avere una certa influenza sulla frazione di mercato oggetto dell'analisi. In precedenza abbiamo messo in luce quelle che possono essere definite le “guarentigie” statali della *golden share*; ora, invece, si vuole evidenziare come il mantenimento da parte del Regolatore pubblico di una forma di controllo elementare, quale quella assicurata dalla *golden share*, consenta a quest'ultimo di introdurre regole in grado di tenere in considerazione esigenze nuove, appunto quelle relative al trattamento dati dinanzi all'avanzare delle nuove tecnologie. Lo Stato italiano, spinto dalle direttive comunitarie, si è occupato di “aggiornare” la materia in modo da colmare quelle lacune che si sono presentate non appena la tecnologia ha fatto il suo corso.

Si presenterà ora, una serie di Direttive che hanno aggiornato l'intera materia, partendo dalla Direttiva n. 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali ed alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche⁶⁰.

60 P. MORELLI, *Privacy e comunicazioni elettroniche: le principali novità della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio*, in *diritto.it*, 2002, pp. 1 ss.

Entro il 31 ottobre 2003 gli Stati membri della Comunità Europea si adeguarono a tale Direttiva che sostituì, la n. 97/66/CE (Direttiva sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni), alla quale l'Italia, in particolar modo, si era adeguata con il d.lgs. n. 171/98. La prima grossa differenza, tra le due Direttive, la si coglie già nell'intestazione: non si parla più, infatti, di settore delle telecomunicazioni ma del più ampio ed onnicomprensivo settore delle comunicazioni elettroniche.

La nuova Direttiva, di fatto, dunque, abrogò e sostituì la precedente Direttiva n. 97/66/CE (elaborata nel rispetto della Direttiva n. 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali)⁶¹. Tale sostituzione fu motivata, dal Parlamento Europeo, dalla necessità di adeguare la precedente Direttiva (che viene in gran parte replicata nella nuova) *“agli sviluppi verificatisi nei mercati e nelle tecnologie dei servizi di comunicazione elettronica, in guisa da fornire un pari livello di tutela dei dati personali e della vita privata agli utenti dei servizi di*

61 P. MORELLI, *Privacy e comunicazioni elettroniche: le principali novità della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio*, in cit., p. 2.

comunicazione elettronica accessibili al pubblico, indipendentemente dalle tecnologie utilizzate". Il Parlamento UE spiegò così la necessità della nuova Direttiva: "l'introduzione di nuove tecnologie digitali avanzate" pone "esigenze specifiche con riguardo alla tutela dei dati personali e della vita privata degli utenti"; "i servizi di comunicazione elettronica...aprono nuove possibilità agli utenti ma rappresentano anche nuovi pericoli per i loro dati personali e la loro vita privata"; "occorre armonizzare le disposizioni legislative, regolamentari e tecniche adottate dagli Stati membri" con l' "obiettivo di ridurre al minimo il trattamento dei dati personali e di utilizzare dati anonimi o pseudonimi nella misura del possibile".

Si affermava che la Direttiva "lascia...inalterato l'equilibrio esistente tra il diritto dei cittadini alla vita privata e la possibilità per gli Stati membri di prendere i provvedimenti...necessari per tutelare la sicurezza pubblica, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato ove le attività siano connesse a questioni di sicurezza dello Stato) e l'applicazione della legge penale"; "non pregiudica la facoltà degli Stati membri di effettuare intercettazioni legali di comunicazioni elettroniche o di

prendere altre misure, se necessario, per ciascuno di tali scopi”⁶²; interessante la marcata sottolineatura del concetto di una limitata conservazione nel tempo delle comunicazioni registrate e, comunque, per un periodo non superiore a quanto necessario: “il divieto di memorizzare comunicazioni e i relativi dati sul traffico da parte di persone diverse dagli utenti o senza il loro consenso non è inteso a vietare eventuali memorizzazioni automatiche, intermedie e temporanee di tali informazioni fintanto che ciò viene fatto unicamente a scopo di trasmissione nella rete di comunicazione elettronica e a condizione che l'informazione non sia memorizzata per un periodo superiore a quanto necessario per la trasmissione e ai fini della gestione del traffico e che durante il periodo di memorizzazione sia assicurata la riservatezza dell'informazione”.

Comparirono, per la prima volta, i riferimenti a spyware (software spia), web bugs (buchi invisibili), e cookies⁶³: *“i cosiddetti software spia e i buchi invisibili, identificatori occulti ed altri dispositivi analoghi possono introdursi nel terminale dell'utente a sua insaputa al fine di avere accesso ad informazioni,*

62 P. MORELLI, *Privacy e comunicazioni elettroniche: le principali novità della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio*, in cit., p. 3.

63 V. M. SBRESCIA, *Universalità del servizio e tutela dei dati personali nella direttiva “Citizens rights” n. 2009/136/CE*, in *MC diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2011, p. 2 ss.

archiviare informazioni occulte o seguire le attività dell'utente e possono costituire una grave intrusione nella vita privata di tale utente. L'uso di tali dispositivi dovrebbe essere consentito unicamente per scopi legittimi e l'utente interessato dovrebbe esserne a conoscenza”; “i cosiddetti marcatori (“cookies”), possono rappresentare uno strumento legittimo e utile, per esempio per l'analisi dell'efficacia della progettazione di siti web e della pubblicità, nonché per verificare l'identità di utenti che effettuano transazioni “on-line”. “Allorché tali dispositivi...sono destinati a scopi legittimi, come facilitare la fornitura di servizi della società dell'informazione, il loro uso dovrebbe essere consentito purché siano fornite agli utenti informazioni chiare e precise....sugli scopi dei marcatori o di dispositivi analoghi per assicurare che gli utenti siano a conoscenza delle informazioni registrate sull'apparecchiatura terminale che stanno utilizzando. Gli utenti dovrebbero avere la possibilità di rifiutare che un marcatore o un dispositivo analogo sia installato nella loro apparecchiatura terminale....Le modalità di comunicazione delle informazioni, dell'offerta del diritto al rifiuto o della richiesta del consenso dovrebbero essere il più possibile chiare e comprensibili”.

Non mancarono anche le previsioni relative alle reti fisse⁶⁴: *“le reti fisse possono avere la capacità di trattare dati relativi all'ubicazione che possiedono un grado di precisione molto maggiore di quello necessario per la trasmissione delle comunicazioni e che vengono utilizzati per fornire servizi a valore aggiunto, come i servizi che forniscono informazioni individuali sul traffico e radioguida”*. Il trattamento di dati siffatti ai fini della fornitura di servizi a valore aggiunto dovrebbe essere autorizzato soltanto previo esplicito consenso dell'abbonato; gli abbonati dovrebbero disporre, gratuitamente, di un mezzo semplice per bloccare temporaneamente il trattamento dei dati relativi alla loro ubicazione; *“gli Stati membri possono limitare il diritto alla vita privata degli utenti e degli abbonati riguardo all'identificazione della linea chiamante allorché ciò sia necessario per identificare le chiamate importune, e riguardo all'identificazione della linea chiamante e ai dati relativi all'ubicazione allorché ciò sia necessario per consentire ai servizi di emergenza di svolgere il loro compito nel modo più efficace possibile. A tale scopo gli Stati membri possono adottare disposizioni specifiche per autorizzare i*

⁶⁴ V. M. SBRESCIA, *Universalità del servizio e tutela dei dati personali nella direttiva “Citizens rights” n. 2009/136/CE*, in cit., p. 3.

fornitori di servizi di comunicazione elettronica a fornire l'accesso all'identificazione della linea chiamante e ai dati relativi all'ubicazione senza il previo consenso degli utenti o abbonati interessati”.

Con il varo nel 2009, nell’ambito del nuovo pacchetto Telecom⁶⁵, della direttiva 2009/136/CE, il legislatore ha inteso apportare numerose innovazioni ed integrazioni al quadro normativo vigente, intervenendo, in particolare, sulla direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale ed ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica; e sulla direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Va, preliminarmente, evidenziato che le direttive adottate nell’ambito del pacchetto Telecom 2002 assegnarono alla Commissione il compito di verificare l’esigenza di apportare modifiche alle norme vigenti, alla luce del progresso tecnico e dello sviluppo del mercato di settore. Ciò nel tentativo di adeguare il “frame work” normativo europeo in materia di comunicazioni elettroniche alle dinamiche tecnologiche ed alle nuove direttrici

65 V. M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, Napoli, 2011, p. 329.

economico-industriali che modificano continuamente i sistemi di comunicazione, costringendo il legislatore, in quest'epoca definita "era tecnologica", ad "inseguire" i processi di cambiamento nel comparto in esame; comparto che, come è noto, si pone al centro del rapporto tra tecnica e diritto, tra ordine tecnologico e ordine giuridico.

La Commissione, dopo aver compiuto un'analisi dell'assetto normativo vigente e dello stato di attuazione della legislazione varata nel 2002, presentò i risultati concernenti la fase di riesame del quadro normativo dell'Unione Europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

Il nuovo quadro ordinamentale si poneva come una tappa fondamentale nel processo verso la completa definizione dello spazio europeo delle comunicazioni, al fine di configurare una società dell'informazione per tutti i cittadini dell'UE. La riforma del quadro normativo dell'Unione Europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica rappresentava, pertanto, una tappa essenziale verso il completamento dello spazio europeo unico dell'informazione e verso una società dell'informazione per tutti.

Questi obiettivi erano inseriti nel quadro strategico per lo sviluppo della società dell'informazione, descritto nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni, del 10 giugno 2005, intitolata “i2010, una società dell'informazione per la crescita e l'occupazione”.

Si rappresentò poi, la necessità di garantire un miglioramento delle capacità delle reti di trasmettere dati, e fu, altresì, sottolineata l'opportunità di assicurare, sul piano normativo, una certa elasticità al sistema di regolamentazione.

La direttiva 2009/136/CE⁶⁶ rappresentò uno dei pilastri essenziali del nuovo quadro regolativo varato al fine di adeguare l'assetto ordinamentale delle comunicazioni alle innovazioni tecnologiche ed alle dinamiche economico-commerciali.

Come ultimo atto in ordine di tempo che riguarda la tematica in esame, non si può non menzionare il provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc.⁶⁷ sulla conformità al Codice dei

66 V. M. SBRESCIA, *L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, in *cit.*, pp. 250 ss.

67 La società Google Inc. (di seguito, Google), fondata nel settembre 1998, ha sede legale in Mountain View, Stati Uniti e dispone di circa 70 sedi ed uffici in 40 paesi in tutto il mondo. Sul territorio nazionale, e segnatamente a Milano, Google, per il tramite della propria controllata Google International LLC, ha fissato la sede sociale della propria filiale Google Italy S.r.l. con unico socio, società costituita nel 2002 che gode di personalità giuridica

trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy del 10 luglio 2014.

Il 24 gennaio 2012 Google ha annunciato che avrebbe modificato la propria privacy policy unificando in un solo documento le circa 70 diverse policy fino ad allora in vigore. Il 2 febbraio 2012 la Commission Nationale de l'informatique et des libertés ha comunicato a Google l'intenzione di condurre un'analisi della nuova privacy policy. Con comunicazione del 2 aprile 2013 il Garante, analogamente alle altre Autorità di protezione dei dati personali coinvolte, ha pertanto informato Google dell'avvio del procedimento amministrativo nei suoi confronti.

Tralasciando lo specifico caso, in linea generale possiamo affermare che il Garante privilegia la possibilità di organizzare, da parte della società gestrice del servizio che usufruisce dei dati personali, la propria privacy policy con un architettura dei dati da trattare a due livelli: un primo livello all'interno del quale ospitare tutte le informazioni di carattere generale di maggiore importanza

autonoma e, anche in adempimento del "marketing and service agreement" sottoscritto con Google Inc., si occupa principalmente della promozione, commercializzazione e vendita di spazi pubblicitari generati sul sito web www.google.it e su tutte le altre pagine web in lingua italiana comunque riconducibili alla società. Con atto di nomina del 2010 Google Inc. ha designato Google Italy quale proprio rappresentante in Italia ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 del Codice "in relazione all'applicazione del Codice Privacy e alla normativa sulla tutela dei dati personali".

per gli utenti, relative tra l'altro ai trattamenti di dati personali effettuati, alle tipologie di dati personali oggetto di trattamento. Ed un secondo livello destinato a contenere la policy relativa alle specifiche funzionalità ovvero diversi esempi per chiarire le modalità del trattamento delle informazioni personali⁶⁸. Le regole che determinano l'efficacia e la correttezza dell'informativa resa all'utente devono applicarsi in modo identico per ciascun tipo di terminale (fisso, mobile, tablet, desktop computer, dispositivi portatili e TV plug-in) e per ogni applicazione resa disponibile agli utenti.

Come possiamo accorgerci dall'esposizione appena fatta, questa materia è in continuo fermento a causa dell'incessante sviluppo delle scienze applicate al settore delle comunicazioni elettroniche, questo non ci consente di poter dire che la normativa di settore non subirà più modifiche, ma anzi muterà in maniera sempre più sostanziosa andando a toccare problematiche che in passato potevano sembrare estranee al settore in esame.

⁶⁸ Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento prescrittivo n. 3283078 del 10/7/2014*, in *Rivista della Regolazione e dei mercati*, I, 2014, p. 1.

Capitolo III

Il caso Telecom

1. *Dall'azienda di Stato alla Società Italiana Per l'Esercizio Telefonico*

Procederemo adesso all'esposizione dell'evoluzione storica del servizio di telefonia vocale, partendo dagli inizi del secolo scorso sino ad arrivare al periodo attuale, prima però si impone la necessità di dare una definizione di ciò che si intende per “telefonia vocale”.

Il servizio di telefonia vocale¹ consiste nella fornitura al pubblico del trasporto diretto e della commutazione della voce in tempo reale in partenza e a destinazione dei punti terminali di una rete telefonica pubblica fissa, che consente ad ogni utente di utilizzare l'apparecchiatura collegata al suo punto terminale di tale rete per comunicare con un altro punto terminale².

1 F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. BONELLI, S. CASSESE, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni* (a cura di), Milano, 1999, pp. 73 ss.

2 È da notare che la definizione più recente a livello comunitario per quanto concerne la disciplina di armonizzazione, è in alcuni punti diversa, in quanto richiede che la fornitura al pubblico abbia carattere commerciale e abbandono il necessario riferimento alla commutazione.

La storia del servizio è da far risalire al 10 giugno 1924, quando venne costituita a Torino la STEP (società telefonica piemontese) da un gruppo di soci guidato inizialmente dall'ing. Vittorio Zangelmi, imprenditore piemontese già attivo nel settore telefonico del nord Italia. La società nasceva in funzione della partecipazione al bando di gara, indetto dal governo Mussolini nel settembre 1924, per la concessione da parte dello Stato dell'esercizio del servizio telefonico ai privati, attraverso la riorganizzazione dell'intero sistema telefonico e la suddivisione del territorio nazionale in cinque grandi zone³.

L'azienda di Stato per i servizi telefonici fu istituita con r.d.l. 14 giugno 1925, n. 884, e la sua struttura rimase praticamente inalterata, articolandosi, oltre che nelle otto direzioni centrali, in cinque ispettorati di zona, la cui competenza territoriale venne fissata in corrispondenza a quella delle allora cinque società concessionarie del servizio telefonico pubblico (STIPEL, TELVE, TIMO, TETI, SET) prima della loro fusione in SIP⁴.

3 C. OTTAVIANO, *SIP - Telecom Italia. Storia*, in www.storiaindustria.it, 2008, Torino, p. 2.

4 R. CALABRIA, voce *Telecomunicazioni* (servizi di), in *Enc. Treccani*, XXX/2, Roma, 2002, p. 3.

L'Azienda, da un lato, esercitava il controllo sui servizi telefonici in concessione e, dall'altro, gestiva il servizio telefonico nazionale e il servizio telefonico europeo e con alcuni paesi del bacino del Mediterraneo. Essa provvede all'installazione ed esercizio dei mezzi e sistemi trasmissivi per la realizzazione dei collegamenti fra i centri di compartimento, della rete internazionale, e rete per servizi di Stato.

La STEP vinse la gara aggiudicandosi la prima zona, che comprendeva le regioni del Piemonte e della Lombardia⁵: era la più importante delle cinque zone per impianti, numero di abbonati e potenzialità di sviluppo.

Nel 1925, subito dopo la stipula della convenzione con lo Stato, la STEP si trasformò in STIPEL (Società Telefonica Interregionale Piemontese e Lombarda), con un capitale iniziale di 100 milioni di lire, di cui 75 immessi dalla SIP (Società Idroelettrica Piemonte).

⁵ Il 16 ottobre 1924 per iniziativa di Luigi Orlando e di Alberto Pirelli nasce la Società Telefonica Tirrena (TETI). Fondata dai gruppi industriali Orlando e Pirelli nel 1925 e gestita dalla finanziaria La Centrale per ottenere la concessione del servizio telefonico, la TETI vinse in quello stesso anno la gara, aggiudicandosi la quarta zona che comprendeva le regioni Liguria, Toscana, Lazio, Sardegna e, come anomalia rispetto al Piano regolatore telefonico nazionale, il circondario di Orvieto che, essendo provincia di Terni, avrebbe dovuto far capo alla TIMO, Concessionaria per la terza zona.

La STIPEL faceva capo al potente gruppo elettrico SIP, sostenuto dalla Banca commerciale italiana. Gli impianti ceduti dallo Stato comprendevano 102 reti urbane con 43.037 abbonati, 720 uffici e 8.745 Km di circuiti interurbani.

Fin da subito STIPEL avviò un intenso programma di investimenti infrastrutturali per lo sviluppo della rete piemontese e lombarda e fu avviata la costruzione di numerose nuove centrali telefoniche in diverse città in entrambe le regioni⁶.

A partire dal 1926 la SIP elettrica affidò la guida della società telefonica direttamente a Giacomo Ponti nominandolo Direttore Generale. Fu proprio la STIPEL di Ponti che, prima fra le concessionarie italiane, si preoccupò di avviare un'intensa attività di comunicazione verso l'esterno, attraverso l'istituzione dell'Ufficio "Utenza, Propaganda, Sviluppo".

Accanto alla costruzione delle infrastrutture per l'ammodernamento della rete telefonica, era necessario creare una più ampia domanda. Ma oltre a convincere dei vantaggi che la disponibilità di un collegamento telefonico poteva portare all'azienda e alla famiglia, suggerendo ed esemplificando gli usi

⁶ C. OTTAVIANO, *SIP - Telecom Italia. Storia*, in www.storiaindustria.it, cit., p. 2.

possibili, era necessario anche spiegare la complessità del sistema telefonico, in discredito presso l'opinione pubblica per i frequenti malfunzionamenti⁷.

Dopo la crisi del 1929 la SIP elettrica, che controllava oltre alla STIPLE anche la TELVE e la TIMO (il 60% del sistema telefonico italiano), fu coinvolta nel crollo della Italgas e della Banca commerciale. Per la sorte di queste società decisivo fu l'intervento dello Stato mediante il ruolo dell'IRI.

In questo contesto, il 21 ottobre 1933 venne fondata a Torino la STET (Società Torinese Esercizi Telefonici), la prima finanziaria del settore delle telecomunicazioni dell'IRI. Compito della STET era controllare e coordinare da un punto di vista tecnico-amministrativo tre delle cinque società telefoniche.

Il prestito obbligazionario di 400 milioni di lire, pari al capitale STET, venne offerto al pubblico come azionariato; al termine delle conversioni, il 42% del capitale risultò essere di azionisti privati. La formula IRI-STET rappresentava un originale modello di società con capitale misto pubblico-privato; il settore telefonico, per più

⁷ C. OTTAVIANO, *SIP - Telecom Italia. Storia*, in *cit.*, p. 3.

della metà controllato dalla STET, fu quindi gestito attraverso un sistema intermedio fra pubblico e privato.

Nei primi anni di guerra, come tutta la produzione industriale, crebbe significativamente anche il comparto telefonico, ma a partire dai primi bombardamenti del 1942 la situazione mutò radicalmente. Impedire o ostacolare in tutti i modi le comunicazioni in campo avversario fa parte delle più tradizionali strategie di guerra⁸.

Nel periodo fondamentale per la ricostruzione, divenne presidente STET, Guglielmo Reiss Romoli, dal 1946 al 1961. I primi anni del dopoguerra furono impiegati dalla STIPEL per sanare le ferite lasciate dal conflitto: parte della rete era ridotta in condizioni tali da richiedere rilevanti investimenti.

A livello nazionale nel 1952 si raggiunse un obiettivo significativo: tutti i comuni italiani risultarono collegati alla rete telefonica nazionale.

⁸ C. OTTAVIANO, *SIP - Telecom Italia. Storia*, in cit., p. 3.

2. Da SIP a Telecom

Il processo di unificazione del sistema telefonico nazionale, attraverso la fusione per incorporazione delle cinque concessionarie STIPEL, TELVE, TIMO, TETI e SET nella SIP elettrica, portò nel 1964 alla nascita della nuova SIP (Società per l'esercizio telefonico)⁹.

Numerose furono le convenzioni stipulate da SIP con il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni per l'adeguamento del canone.

La prima convenzione fu stipulata il 21 ottobre 1964, approvata con decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1964, n. 1594.

Un adeguamento del canone fu attuato dalla convenzione stipulata il 27 febbraio 1968 tra il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni e la SIP, approvata con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1968, n. 427, contenente modificazioni ed aggiunte alla citata convenzione 21 ottobre 1964.

⁹ C. OTTAVIANO, *SIP - Telecom Italia. Storia*, in *cit.*, p. 4.

Considerata l'opportunità di adeguare le vigenti convenzioni allo sviluppo incessante del servizio telefonico ed alla funzione di sempre maggior rilievo che esso era venuto ad assumere per lo sviluppo sociale ed economico del Paese, fu adottata la convenzione del 26 marzo 1981.

Tale provvedimento¹⁰ prevedeva la riduzione del canone dal 4,50 per cento allo 0,50 per cento a partire dall'esercizio 1980 e per un ammontare valutato nei due anni a 272 miliardi. Tale provvedimento rappresentava una delle misure risanatorie decise dal CIPE nella seduta dell'8 agosto 1980 ed intese a consentire alla concessionaria il raggiungimento del riequilibrio economico finanziario della gestione al fine di dare attuazione ad un regolare programma di investimenti capace di incidere positivamente, almeno nel breve termine, sullo stato di crisi del comparto manifatturiero e sulle conseguenti gravi implicazioni di ordine sociale. Nella stessa seduta il CIPE, nell'esprimere l'avviso che il finanziamento del programma di investimenti fosse il congruo

10 Disegno di legge sulla determinazione della misura del canone di concessione dovuto dalla SIP approvato dalla decima Commissione permanente (Trasporti e aviazione civile, marina mercantile, poste e telecomunicazioni) della Camera dei deputati nella seduta del 26 marzo 1981 presentato dal Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni di concerto col Ministro del Tesoro e col Ministro del Bilancio e della Programmazione Economica; trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 2 aprile 1980.

risultato di una equilibrata combinazione delle tre possibili fonti quali la ricapitalizzazione della società, l'autofinanziamento ed il ricorso al sistema creditizio, invitava i Ministri competenti ad assumere iniziative rivolte alla ricapitalizzazione della SIP per almeno 800 miliardi, a ridurre il canone di concessione allo 0,50, ad assicurare la corrispondenza degli introiti ai costi di gestione mediante una revisione tariffaria, ed a rivedere, infine, mediante opportuni meccanismi riequilibratori, i rapporti tra i vari gestori¹¹.

Ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523, che approvò la convenzione tra lo Stato e la SIP, furono concessi in esclusiva alla Società l'installazione e l'esercizio degli impianti di telecomunicazioni in ambito nazionale per l'espletamento dei relativi servizi: era da notare che la disposizione parlava genericamente di servizi di telecomunicazioni, evitando un'elencazione che, dato lo sviluppo continuo della tecnologia, sarebbe stata destinata certamente a rilevarsi in breve tempo incompleta¹².

11 Vedi relatore AVELLONE, Relazione dell'ottava Commissione permanente (lavori pubblici, comunicazioni) sul Disegno di legge di determinazione della misura del canone di concessione dovuto dalla SIP n. 381 – A, in *www.senato.it*, 26 aprile 1981, Roma, pp. 1 ss.

12 R. CALABRIA, voce *Telecomunicazioni* (servizi di), in *Enc. Treccani*, XXX/2, Roma, 2002, p. 3.

Erano di competenza della SIP l'installazione e l'esercizio dei seguenti impianti: reti urbane, settoriali, distrettuali e compartimentali; entro determinati limiti, mezzi e sistemi trasmissivi per la realizzazione dei collegamenti trasversali nazionali; impianti per i collegamenti internazionali per il traffico di frontiera segnalate dall'Amministrazione¹³.

Con d.m. 6 aprile 1982 i due piani regolatori nazionali, telegrafico e telefonico, vennero sostituiti mediante l'adozione del piano regolatore nazionale delle telecomunicazioni.

Non vennero più associati rigidamente, come in passato, i singoli servizi delle varie reti utilizzate per la loro fornitura, ma, in coerenza con la multifunzionalità degli impianti, erano indicate tutte le varie possibili espressioni così dei servizi come delle reti che li supportano. L'evoluzione tecnologica consentì altresì di superare l'esigenza di organizzare la rete in modo gerarchico con modi di commutazione aventi rigida attinenza con la suddivisione del territorio¹⁴.

13 F. CHIAPPETTA, voce *Telecomunicazioni*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 47 ss.

14 F. CHIAPPETTA, *L'organizzazione del servizio telefonico*, in *Amm. It.*, 1974, pp. 491, 632, 799.

Nel 1992, in adesione alla normativa europea che prevedeva la separazione delle funzioni di regolazione dalle strutture operative, fu soppressa l'Azienda di Stato per il Servizio Telefonico e le sue attività vennero acquisite dalla società IRI TEL.

Il Piano prevedeva la fusione delle cinque società del gruppo IRI TEL impegnate nel settore telefonico (SIP, IRI TEL, Italcable, Telespazio e SIRM) e la nascita di una nuova società con la denominazione sociale di Telecom Italia.

3. La privatizzazione del 1997

Negli anni novanta si inaugurano le privatizzazioni. Esse coinvolgevano le imprese e con esse i beni di cui disponevano, fra cui anche le reti. Questa vicenda era intimamente legata a quella delle liberalizzazioni che, come visto, imponeva la separazione fra gestione della rete e fornitura del servizio e una minuziosa regolazione degli obblighi dei gestori. L'intrecciarsi di questi due corpi normativi produceva un processo di graduale differenziazione

dei regimi proprietari delle reti che, in taluni casi, erano ancora da compiersi¹⁵.

Con gli enti pubblici economici (SIP, Ente Poste, ecc), i beni facenti parte delle reti erano assoggettati ai regimi dei beni “pubblici per destinazione”: ai sensi dell’art. 828 c.c. “*essi non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano*”. In questa fase il regime unitario si giustificava in ragione di due presupposti: il primo era che il proprietario pubblico del bene rete coincideva con il titolare del servizio; il secondo, era che per ogni servizio pubblico vi è un solo gestore. O era l’ente pubblico proprietario del bene o il soggetto privato cui la gestione, assieme al bene, veniva concessa¹⁶.

Con la privatizzazione formale di questi enti le reti divennero parte del patrimonio sociale. In particolare, con l. 29 gennaio 1992, n. 58 si trasformava Telecom Italia e si disponeva il subentro di Telecom Italia s.p.a., a partire dal 1° agosto 1994, a Iritel s.p.a., a sua volta subentrava l’Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (ASST).

15 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell’economia*, in cit., p. 171.

16 G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, pp. 29–46.

Quello che mutava cioè era lo statuto formale dei beni, ma rimaneva fermo il nesso tra il bene e il proprietario, che era anche unico gestore del servizio¹⁷. Le reti, in altri termini, con la privatizzazione formale degli enti pubblici che erano titolari, vennero attribuite, talvolta a titolo proprio, talaltra in virtù di concessione di beni pubblici¹⁸, alle nuove società, e continuavano ad essere assoggettate al regime dei beni patrimoniali indisponibili destinati ad un pubblico servizio (artt. 828 e 830 c.c.)¹⁹.

Dalla complessa iterazione fra norme di privatizzazione formale e sostanziale e norme sulla liberalizzazione emergeva una varietà di regimi di cui era possibile, pur con qualche difficoltà, tracciare una tassonomia. In taluni casi gestione e proprietà degli *asset* rimanevano in capo all'unico soggetto esistente prima della

17 G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *cit.*, p. 34. Ciò in quanto le disposizioni generali sulla privatizzazione contenute nel d.l. 386/1991 e nel d.l. 333/1992 non contengono disposizioni specifiche con riguardo alle reti. Il primo infatti prevede semplicemente che la società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici succedono a questi nella totalità dei rapporti giuridici, mentre il secondo dispone che tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi agli enti trasformati restano attribuiti a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono attualmente titolari, il quale ulteriormente specifica che: “anche quando il soggetto gestore del servizio è diverso dal titolare del bene, lo è in forza di una concessione di pubblico servizio che conferisce al primo la disponibilità del bene e, più in generale, lo qualifica come *longa manus* del soggetto pubblico proprietario”.

18 Secondo M. RENNA, *I beni pubblici degli enti privatizzati*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, p. 309, queste concessioni *ex lege* sarebbero fittizie, risolvendosi, nella realtà dei fatti e in taluni casi anche giuridicamente, in attribuzione a titolo di proprietà dei beni: le reti mantenute in capo agli enti “societarizzati” continuano ad appartenere a questi ultimi a titolo proprio, direttamente, e non a titolo di concessione.

19 In tal senso M. RENNA, *I beni pubblici degli enti privatizzati*, in *cit.*, p. 310.

privatizzazione formale, il quale continuava ad operare nell'orbita pubblica; in altri, come nelle reti di comunicazione, la privatizzazione, anche sostanziale, di Telecom Italia segnava l'emergere di soggetti privati titolari e gestori delle reti, ma assoggettati agli obblighi pubblicistici di accesso e di interconnessione che saranno analizzati²⁰.

La vendita della quota detenuta dal Tesoro in Telecom Italia, acquisita dall'IRI nel dicembre 1996, era avvenuta nel periodo ottobre/novembre 1997. Le modalità di cessione, stabilite dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 1997, prevedevano che l'alienazione della partecipazione detenuta dal Ministero del tesoro in Telecom Italia fosse effettuata sia mediante offerta pubblica di vendita, sia mediante trattativa diretta, al fine di costituire un azionariato stabile²¹.

Per la costituzione dell'azionariato stabile, il Ministero del tesoro aveva condotto alcune trattative bilaterali. Il 25 settembre 1997 erano stati sottoscritti i contratti con i componenti

20 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., p. 175.

21 Veda www.dt.tesoro.it/privatizzazioni/libro_bianco_sulle_privatizzazioni, p. 51, 52.

l'azionariato stabile, che si erano impegnati a non cedere le azioni acquistate per un periodo di tre anni.

In questa fase fu riservato alle società AT&T ed Unisource l'1,2% ciascuna del capitale ordinario; il perfezionamento dell'accordo era subordinato alla conclusione di un'alleanza strategica con Telecom Italia, poi non realizzata.

A seguito della costituzione dell'azionariato stabile, il Ministero del tesoro procedette alla cessione della propria partecipazione residua mediante offerta globale, composta da un'offerta pubblica di vendita di azioni in Italia (OPV) e da un collocamento privato destinato agli investitori professionali italiani ed istituzionali esteri, in Italia, Regno Unito e Repubblica d'Irlanda, Resto del Mondo. Fu anche prevista un'offerta pubblica negli Stati Uniti d'America e in Canada. L'offerta pubblica in Italia fu effettuata con la tecnica dell'offerta a prezzo aperto, in base alla quale il prezzo dell'OPV era determinato in 10.908 lire (5,63 €) per il pubblico indistinto, in 10.795 lire (5,58 €) per i dipendenti del Gruppo e in 11.200 lire (5,78 €) per gli investitori istituzionali.

Data la forte domanda registrata nel corso della fase di raccolta

degli ordini, sia da parte del pubblico in Italia che da parte degli investitori istituzionali, il Ministero del tesoro decise di aumentare l'offerta globale di 5 milioni di azioni.

Nell'ambito dell'offerta, i risparmiatori e i dipendenti del Gruppo Telecom Italia poterono beneficiare di uno sconto, rispettivamente del 3% e del 4% rispetto al prezzo ufficiale delle azioni di Telecom Italia registrato nel giorno di chiusura dell'OPV²².

Fu inoltre prevista una *bonus share*, nella misura di un'azione gratuita ogni 10 assegnate e mantenute per un periodo ininterrotto di dodici mesi dalla data di pagamento, fino ad un massimo di 300 azioni gratuite per ciascun sottoscrittore. L'opzione di azione gratuita era esercitabile entro il termine di decadenza del 4 febbraio 1999. La domanda complessiva è risultata pari a 3,9 miliardi circa di Azioni.

Complessivamente il Tesoro incassò 22.883 miliardi di lire (11,82 miliardi di €).

²² Cfr www.dt.tesoro.it/privatizzazioni/ libro bianco sulle privatizzazioni, p. 53, 55.

4. Le vicende successive al 1997: attuazione della liberalizzazione

Si arrivò dunque alla vendita *tout court* dell'azienda e si scelse un modello di privatizzazione non improntato sull'azionariato diffuso, ma guidato da un gruppo di azionisti forti, il cosiddetto “nocciolo duro”. Una scelta giustificata dal fatto che l'azionariato diffuso avrebbe potuto favorire il dominio del management. Scelta tuttavia infausta perché da subito “quelli” del nocciolo duro (tra cui Fiat e Generali) si misero a coltivare le prerogative di controllo, più per interesse finanziario che industriale.

Proprio per questi motivi si sentì l'esigenza di procedere a dare una regolamentazione quanto più dettagliata della forma di accesso e di interconnessione al servizio²³; la ragione stava nel fatto che questo settore fu aperto alla concorrenza prima degli altri, divenendo un terreno di sperimentazione dei modelli giuridici di liberalizzazione.

23 Per un inquadramento dottrinale del diritto di accesso e di interconnessione nelle comunicazioni, vedi V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Riv. Comm. Int.*, I, 2007, pp. 325–372; F. Bruno, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, pp. 311 ss; R. PEREZ, *La negoziazione dell'accesso e dell'interconnessione*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 169–180; D. IELO, *Gli accordi di interconnessione e le condizioni generali*, E. CARUSO (a cura di), *Il diritto privato delle telecomunicazioni*, Milano, 2000, pp. 373-408.

Nel settore delle comunicazioni, il passaggio dalla concorrenza “sulla” rete alla concorrenza “fra” reti determinò un’evoluzione importante dalla disciplina dell’accesso. Nel primo modello di rete universale l’esclusiva sulla gestione delle reti (e sui servizi di telefonia vocale) era ammessa purché venisse garantito l’accesso ai prestatori dei servizi liberalizzati e agli utenti: l’art. 5, comma terzo del d.P.R. 318/1997 imponeva in capo ai soli gestori detentori di una notevole forza di mercato l’obbligo di concedere l’accesso a tutti i soggetti autorizzati ad offrire servizi di telecomunicazione²⁴; per gli altri l’obbligo poteva essere imposto.

Il settore delle comunicazioni sperimentò anche un secondo modello, ossia la liberalizzazione della costruzione e gestione delle reti, ove il mantenimento delle esclusive sulle reti fu considerato un ostacolo alla duplicazione delle stesse e all’ingresso di nuovi operatori in concorrenza²⁵ e, dunque, abolito. Ecco quindi che in

24 Le richieste di accesso dovevano essere ragionevoli, e deroghe erano previste per motivi di sicurezza e di garanzia di interoperabilità dei servizi. Il diniego di accesso doveva essere autorizzato dal regolatore (art. 5, commi secondo e terzo e art. 8, D.p.r. 318/1997); veda F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell’economia*, in *cit.*, p. 234.

25 Ne esse si giustificano più per l’esigenza di garantire il servizio universale perché a questo può sostituirsi la presenza (e il contributo) della molteplicità di operatori concorrenti.

presenza di pluralità di reti e di operatori l'attenzione del legislatore si spostò dall'istituto dell'accesso²⁶ a quello dell'interconnessione²⁷.

Quest'ultima venne compiutamente disciplinata per la prima volta in Italia con d.m. 23 aprile 1998²⁸, il quale dettagliava gli obblighi dell'operatore di rete notificato come avente notevole forza di mercato (allora, Telecom Italia). L'obbligo di interconnessione aveva ad oggetto la negoziazione: l'operatore, se richiesto, era tenuto a negoziare l'interconnessione, il diniego doveva essere autorizzato dall'AGCOM (art.4).

Con l'attuazione del nuovo pacchetto di direttive, e a seguito della liberalizzazione della fornitura delle reti mutò la prospettiva: anzitutto si davano nuove definizioni di accesso (art. 1, lett. b, Codice delle comunicazioni elettroniche²⁹) e di interconnessione

26 Per un approfondimento sulla tematica dell'accesso veda, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Milano, 2002, pp. 187 ss.

27 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, in cit., pp. 194 ss.

28 D.m. 23 aprile 1998 recante *Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U. n.133 del 10 giugno 1998, emanato dal Ministero delle comunicazioni in attuazione dell'art. 23 del d.P.R. 318/1997.

29 Art. 1, comma primo, lett. b del Decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259: "accesso: il fatto di rendere accessibili risorse o servizi di un operatore a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; comprende, tra l'altro, l'accesso: agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi, ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale; l'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; ai servizi di traduzione del numero o ai sistemi che svolgono funzioni analoghe; alle reti fisse o mobili, in particolare per il roaming tra operatori mobili; ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale; ai servizi di rete privata virtuale".

(art. 1, lett. *m*, Codice³⁰), che vi includevano i nuovi mezzi che la convergenza tecnologica permise di sviluppare. Mentre prima l'accesso era servente rispetto all'interconnessione, ora questa era definita come “*modalità particolare di accesso*”³¹ tra operatori di rete³², e l'accesso rimase applicabile ai rapporti tra imprese.

Circa la configurazione giuridica dei due istituti, nel regime previgente³³, veniva attribuito agli operatori titolari di licenze per l'installazione di reti e per la fornitura di servizi il potere-dovere di negoziare l'accesso nell'ambito delle regole definite dall'AGCOM³⁴, e nel rispetto dei principi di interoperabilità, non discriminazione, proporzionalità e concorrenza. Concretamente esso avveniva sulla base di un accordo liberamente contratto fra le

30 Art. 1, comma primo, lett. *m*: “*interconnessione: il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o dalle altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione*”. L'interconnessione consente ai nuovi entranti di collegare le proprie centrali con la rete dell'*incumbent* e può essere di tre tipi: a) diretta, se consente di terminare le chiamate sulla rete dell'operatore dominante; inversa, se la terminazione ha luogo su una rete alternativa a quella dell'*incumbent*; indirizzata verso reti mobili.

31 In tal senso si esprime la citata definizione di interconnessione (art. 1, comma primo, lett. *m*), Codice. Tale risultato era stato peraltro già raggiunto in dottrina da M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2001, pp. 369 ss; pur nella vigenza del vecchio ordinamento.

32 Ossia, l'interconnessione è soggettivamente riservata agli operatori aventi titolo per fornire una rete pubblica di comunicazioni.

33 Art. 5, l. 249/1997.

34 Contenute principalmente nel regolamento sulla risoluzione delle controversie in materia di accesso, adottato dall'AGCOM con del. 148/01/CONS.

parti, la cui autonomia contrattuale era comunque fortemente limitata, potendo l'AGCOM intervenire financo ad apportare modifiche dirette agli accordi³⁵.

La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione è oggi contenuta agli artt. 40-52 del Codice.

Si conferma il modello della “negoziatazione regolata”: i contratti di interconnessione e di accesso sono perfezionati sotto la vigilanza del regolatore³⁶, che può intervenire mediante l'adozione di specifici provvedimenti atti a garantire che non vi siano ostacoli o limitazioni che impediscano la conclusione dei detti accordi.

Tutti gli interventi previsti dagli artt. 46-50 del Codice sono suscettibili di incidere su componenti fondamentali dell'accesso e dell'interconnessione. Si prenda il caso degli obblighi di trasparenza (art. 46): con essi il regolatore può imporre all'operatore dominante detentore di una rete la pubblicazione delle

35 È la c.d. “negoziatazione regolata” dell'accesso, orientata al mercato, ove l'esercizio del diritto e dell'obbligo di accesso è “affidato al raggiungimento di un accordo di diritto privato tra organismi di telecomunicazioni che intendono offrire servizi o accedere a quelli di altri. La conclusione dell'accordo avviene a seguito di trattative rimesse all'autonomia contrattuale delle parti, le quali sono più o meno libere in ordine alle condizioni. Sulla realizzazione dell'accordo si esercita infatti ex ante il controllo e, qualora necessario, l'intervento dell'Autorità”: M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2001, p. 378.

36 S. CASSESE, A. VALLI, *Il nuovo diritto delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, I, 1997, pp. 1112-1115; secondo cui l'interconnessione è oggetto di un obbligo stabilito dalle norme; sottoposto a controllo delle Autorità nazionali di regolazione; e comunque negoziato fra le parti.

informazioni di carattere contabile e tecnico, le caratteristiche della rete, i prezzi, termini e condizioni per la fornitura e l'utilizzo della rete³⁷.

L'obbligo di pubblicazione di un listino dettagliato di interconnessione era imposto in via obbligatoria agli operatori di rete fissa notificati come aventi notevole forza di mercato (lèggasi: Telecom) già in base a all'art. 14 del d.P.R. 318/1997. Tale obbligo, pur nel mutato presupposto per la sua imposizione, resta vigente, ed obbliga l'Autorità ad intervenire con cadenza regolare sulle offerte di interconnessione per verificarne, modificarne e approvarne i contenuti.

In sostanza la disciplina complessiva dell'accesso e dell'interconnessione per le reti di comunicazione elettronica, specie per quella fissa che qui ci occupa, presenta caratteri molto simili a quelle previste negli altri settori a rete: gli operatori di rete richiesti sono obbligati a negoziare accesso e interconnessione con i richiedenti³⁸; per l'*incumbent* della rete fissa, in quanto avente sostanziale potere di mercato, la pubblicazione dell'offerta di

37 F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in cit., pp. 233 ss.

38 Di contrario avviso V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in cit., p. 342.

riferimento è obbligatoria, ed anche l'offerta di interconnessione è soggetta ad approvazione del regolatore, che può indicare modifiche da apportare.

Infine, anche qui si prevede un potere di intervento, anche d'ufficio, dell'AGCOM, la quale può indicare in qualsiasi momento *“ulteriori contenuti da includere negli accordi di interconnessione o definire condizioni specifiche in capo alle parti contraenti”³⁹*.

Dal 2003 si aprì una fase nel mercato delle telecomunicazioni che si caratterizzava per l'avvento della concorrenza. Nella telefonia fissa, invece, non si era ancora entrati in questa fase, si auspicò un intervento regolatore incisivo.

Non si poteva condividere quell'impostazione che sanciva l'ingresso in una fase in cui gli obblighi nella telefonia fissa erano destinati a ridursi e che ci si avvicinava ad un epilogo felice caratterizzato dalla mera applicazione della normativa antitrust.

Nei tre anni immediatamente successivi ci si trovò di fronte ad una situazione molto complessa: il quadro regolamentare imponeva il riesame di tutti gli obblighi imposti agli operatori notificati⁴⁰.

39 F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, cit., p. 334.

40 Le analisi di mercato dovevano cioè concludersi con la verifica della stratificazione di interventi regolamentari che si erano succeduti in precedenza, ed era questo il problema: a Telecom Italia bisognava dire che il *network cap* per quanto riguarda i servizi di

Questa verifica della regolamentazione esistente doveva avvenire nei tempi previsti dall'analisi di mercato; questo passaggio era fondamentale per dare la possibilità al mercato della telefonia fissa, finite le analisi di mercato, di ripartire, senza l'attesa di ulteriori interventi attuativi degli obblighi⁴¹.

Per analizzare le condizioni del mercato odierno dell'offerta delle telecomunicazioni verrà utilizzato, adesso, lo strumento della "Relazione Annuale AGCOM", che consente di mettere in risalto le peculiarità del settore dal 2007 sino ai giorni nostri.

Per quanto riguarda le telecomunicazioni l'Italia è oggi il quinto mercato al mondo per fatturato *pro capite*. Il mercato della telefonia fissa registra ancora la dominanza di Telecom Italia in tutti i 14 mercati di rete fissa soggetti alla regolamentazione *ex ante* secondo il quadro normativo comunitario⁴². Al riguardo, secondo l'AGCOM, l'*unbundling* del *local loop* (ULL) che pure ha consentito il distacco di ben 3 milioni di utenti dalla rete Telecom (e la cui tariffa è la più bassa d'Europa) non è la soluzione definitiva ai problemi concorrenziali. Telecom Italia, al 2007, deteneva ancora

interconnessione era confermato o meno e se i parametri di riduzione previsti dall'AGCOM con l'intervento del marzo 2003 erano confermati o meno.

41 R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, pp. 73 ss.

42 F. MARINI BALESTRA, *Osservatorio sul diritto delle telecomunicazioni*, in *Giustizia amministrativa*, II, 2007, pp. 839 ss.

ben l'89% delle linee complessive. Tale situazione poteva essere critica ove si considerava il rischio che l'*incumbent* potesse riacquistare il totale monopolio del mercato in occasione della transizione tecnologica alle reti di nuova generazione.

Nelle parole del Presidente Calabrò⁴³ traspariva un primo orientamento favorevole alla separazione funzionale dell'aggregato rete dalle restanti attività commerciali di Telecom.

L'AGCOM, inoltre, con delibera n. 418/07/CONS del 16 agosto 2007, rinforzò i diritti degli utenti nei confronti delle frodi telefoniche, promuovendo la trasparenza della bolletta e garantendo la possibilità di bloccare il traffico a sovrapprezzo. Gli utenti ebbero la facoltà di richiedere una bolletta separata per il traffico a sovrapprezzo, nonché il diritto di ricevere un avviso telefonico gratuito in caso di livelli di traffico anormali⁴⁴.

Il 2008 fu caratterizzato da un significativo arretramento dei ricavi da servizi voce e della contestuale crescita della componente dati. Di conseguenza, si assistette, ad una lieve contrazione dei

⁴³ Presidente AGCOM dal 2005 al 2012.

⁴⁴ F. MARINI BALESTRA, *Osservatorio sul diritto delle telecomunicazioni*, in *Giustizia amministrativa*, II, 2007, pp. 834 – 835., collegamento con pratiche commerciali scorrette.

ricavi lordi del settore⁴⁵ (principalmente dovuta alle significative riduzioni dei prezzi sia finali che all'ingrosso), contestualmente ad una rilevante crescita dei volumi di traffico. Tutto ciò in un contesto in cui il peso del settore si spostava sempre più sul segmento mobile, che confermava una dinamica maggiormente vivace rispetto al mercato dei servizi di telecomunicazione da postazione fissa.

Nella valutazione delle prospettive del settore ed, in particolare, delle dinamiche della domanda di consumatori, imprese e Pubblica Amministrazione, molta attenzione bisognava porre sulla evoluzione concorrenziale dei mercati sia di rete fissa che di rete mobile; in un ambito che conosceva un rapido aumento della domanda di capacità trasmissiva delle reti.

Le Relazioni annuali 2009 e 2010 AGCOM dimostrarono come, nonostante gli effetti recessivi della crisi finanziaria del 2008, la dinamica del comparto telecomunicativo registrava discreti livelli di crescita. A tale evoluzione positiva concorrevano ancora

⁴⁵ In termini omogenei con quanto previsto all'articolo 2425 lettera a), n.1 del Codice Civile (Ricavi delle vendite e delle prestazioni). Tali ricavi includono sia gli introiti derivanti dalla vendita di beni e servizi ad utenza finale (clienti residenziali e affari) sia quelli derivanti dalla vendita di servizi ad altri operatori di telecomunicazioni (ricavi "wholesale"). Relazione annuale AGCOM, anno 2008, in www.agcom.it/relazioni/2008, pp. 40 ss.

una volta i servizi di telefonia mobile (+8%), invece, la rete fissa mostrava una contrazione dei ricavi più accentuata (-5%)⁴⁶.

Nel periodo in esame proseguiva, da parte dell'Autorità, l'attività di controllo dei prezzi dei servizi telefonici praticati da Telecom Italia alla generalità della clientela, con la verifica della corretta applicazione del *price cap* stabilito dalla delibera n. 642/06/CONS per i mercati dei servizi di traffico telefonico locale, nazionale e fisso/mobile (mercati n. 3 e n. 5 della raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE). Il meccanismo di *price cap* si applicava al triennio 2007–2009, ai sensi dell'art. 12 della delibera n. 642/06/CONS⁴⁷.

Nel triennio 2010-2011-2012, si registrava, ancora, una tendenza inversa rispetto agli altri settori di mercato. Per il settore delle telecomunicazioni si confermava l'andamento anticiclico dell'ecosistema digitale che, nonostante la perdurante crisi a livello mondiale, vedeva aumentare i propri ricavi.

46 In termini relativi, i ricavi del settore si distribuiscono tra i 268 miliardi di euro (pari al 27%) provenienti dalla telefonia fissa, i 187 miliardi dei servizi Internet e dati (19%) e, soprattutto, i 542 miliardi (54%) della telefonia mobile. In termini dinamici, si osserva che, dal 2004 ad oggi, il peso della telefonia fissa tradizionale si è ridotto di oltre dieci punti percentuali (dal 39% al 27%), mentre sono significativamente aumentate le quote dei servizi Internet (dal 16% al 19%) e, soprattutto, della telefonia mobile (dal 44% al 54%), veda, relazione annuale AGCOM, 2009-2010, www.agcom.it/relazioni/2009-2010, pp. 13 ss.

47 Relazione annuale AGCOM, 2009-2010, www.agcom.it/relazioni/2009-2010, pp. 145 ss.

Nel biennio attuale, il permanere della congiuntura negativa che ha caratterizzato il quadro macroeconomico precedente ha iniziato a farsi sentire anche nel settore delle telecomunicazioni, in particolare nello specifico ambito della rete fissa, dove, come in precedenza evidenziato, si è assistito ad un calo dei ricavi; questo di fatto ha innescato una serie di reazioni a catena che hanno interessato dapprima il settore delle infrastrutture nelle telecomunicazioni, dove si è assistito ad un calo vertiginoso (-5,4%), dopodiché anche il consumo del servizio di rete fissa ha subito una diminuzione pari al 9,9%; si assiste inoltre ad una progressiva diminuzione dei prezzi di terminali e servizi di comunicazione su rete fissa⁴⁸.

5. Telecom nel mercato liberalizzato: gli abusi di posizione dominante

L'intento del presente paragrafo è di indagare i procedimenti a carico di Telecom Italia per abuso di posizione dominante, con particolare attenzione al provvedimento n. 13752 del 16 novembre

⁴⁸ Relazione annuale AGCOM, 2014, www.agcom.it/relazioni/2014, pp. 74 ss.

2004 in quanto contiene la sanzione più alta mai inflitta ad una società privata nella storia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma prima è propedeutico un breve *excursus* sul concetto di “notevole forza di mercato” e “posizione dominante”.

Gli obblighi del possessore di rete al momento dell'accesso sono accentuati se l'organismo è stato notificato come avente una notevole forza di mercato. Questa definizione ha portato all'emanazione di una disciplina finalizzata a colpire la dimensione del monopolista e a ristabilire attraverso l'imposizione di particolari obblighi all'operatore notificato, l'uguaglianza tra gli operatori⁴⁹. In base alla disciplina comunitaria si erano tenute separate le nozioni di notevole forza di mercato⁵⁰ e quella di posizione dominante. Telecom, all'epoca dell'attribuzione della qualifica di “detentore di notevole forza di mercato”, possedeva il 90% del mercato della telefonia fissa. A seguito dell'entrata in vigore della *Guidelines on market analysis and the calculation of significant market power*, ad

49 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, in *cit.*, pp. 208 ss.

50 La Direttiva 97/33/CE, all'art. 4, comma 3 n. 6, ha disposto che la notevole forza di mercato sia presunta allorché un organismo detenga oltre il 25% della quota di un particolare mercato nell'area geografica di uno Stato in cui è autorizzato ad operare.

opera della Commissione europea, la nozione di forza di mercato è stata definitivamente avvicinata a quella di posizione dominante⁵¹.

Partiremo ora, con un'elencazione, per cenni, dei contenziosi subiti da Telecom in modo da rimarcare come la normativa europea abbia trovato applicazione grazie al provvidenziale intervento dell'Autorità garante di settore.

Il 7 luglio 2014 l'AGCM⁵² sanziona Telecom Italia per abuso di posizione dominante relativa ai servizi tecnici accessori⁵³; la

51 Così, oltre ai criteri già esistenti, indicati dall'Unione europea, come il controllo di una quota di mercato superiore al 40%, gli organi regolatori, per individuare l'esistenza di una posizione dominante dovranno tenere presenti le dimensioni dell'organismo, la sua superiorità tecnologica, il facile accesso al mercato dei capitali e alle risorse finanziarie, la possibilità di diversificare i prodotti e di effettuare economie di scala, l'integrazione verticale, l'ammontare delle entrate, la difficoltà dei concorrenti di entrare nel mercato.

52 È necessario dedicare una nota alla tematica delle rispettive competenze fra AGCOM e AGCM; secondo la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. da 11 a 16/2013 con le quali è stata riconosciuta l'incompetenza dell'AGCM ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 21 ss. Codice del consumo) nei settori in cui la tutela del consumatore è attribuita ad un'autorità regolamentare. L'intervento del Consiglio di Stato è stato accolto in maniera diametralmente opposta da entrambe le autorità: mentre l'AGCOM pubblicava sul proprio sito internet un estratto della sentenza sottolineando come essa le avesse riconosciuto un'ampia ed esclusiva competenza in materia di tutela del consumatore, l'AGCM ha sostanzialmente continuato a condurre la propria attività di *enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolamentati, compreso quello delle comunicazioni. Il legislatore si sentì, allora, in dovere di intervenire per portare certezza alla questione; l'intervento però si caratterizzò per essere una semplice ripetizione di ciò che era contenuto nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Ancora fino a luglio 2013 l'AGCM ha continuato a sanzionare società attive nel settore delle comunicazioni per presunte condotte ingannevoli sulle quali anche l'AGCOM vantava (ed esercitava in concreto) la propria competenza. Solo con il provvedimento n. 24467 approvato il 24 luglio 2013 l'AGCM ha modificato la propria posizione, in particolare ha deliberato che: non interverrà nei casi di competenza dell'AGCOM sulla base della sentenza del Consiglio di Stato. In ogni caso, alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che la questione del riparto di competenza in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni (e negli ulteriori settori regolamentati) non possa prescindere da un ulteriore consolidamento, a livello normativo o giurisprudenziale. In particolare, questo consolidamento dovrebbe essere destinato innanzitutto a tracciare con quanta più chiarezza possibile la linea di ripartizione delle competenze (pur alla luce delle innumerevoli fattispecie astrattamente regolabili), soprattutto al fine di evitare il contestuale intervento di due autorità nei confronti della medesima fattispecie e superare uno scenario nel quale l'unica sede per superare e risolvere le incertezze interpretative è quella

sanzione ammonta a 100 milioni di € ed il procedimento è tutt'ora in corso di svolgimento.

Il 23 giugno 2010 AGCM sanzionò Telecom Italia per due comportamenti distinti: il primo relativo al fatto che la Società oppose ai concorrenti un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi all'ingrosso⁵⁴; il secondo relativo alla politica scontistica praticata da Telecom nei confronti della grande clientela business per il servizio di accesso al dettaglio alla rete telefonica fissa⁵⁵.

Nel febbraio 2006 l'AGCM comminò una sanzione pari a 115 milioni di € a Telecom per abuso di posizione dominante sui

contenziosa dinanzi al giudice amministrativo; per un approfondimento della tematica veda, V. MOSCA, *Il riparto di competenze tra AGCM e AGCOM*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2013, pp. 26 ss.

53 Per servizi tecnici accessori si intendono i servizi di manutenzione, attualmente ricompresi nei servizi di accesso all'ingrosso alla rete telefonica e suscettibili di disaggregazione.

54 Dai dati emersi nel corso dell'istruttoria risulta che Telecom, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha trattato gli ordinativi provenienti dagli altri operatori in modo discriminatorio rispetto a quelli provenienti dalle proprie divisioni interne. Attraverso tali comportamenti Telecom ha ostacolato l'accesso dei concorrenti all'infrastruttura, sia nel caso della fornitura di servizi su linea attiva, sia nel caso della fornitura di servizi su linea non attiva. Ciò ha di fatto reso significativamente più difficoltoso per gli altri operatori, il processo di attivazione dei servizi di accesso alla rete rispetto alle divisioni interne di Telecom.

55 In sostanza Telecom ha disegnato una politica tariffaria per la grande clientela *business* contraddistinta, quanto meno per il periodo 2009-2011, dalla capacità, dati i costi di accesso alla rete praticati agli altri operatori, di comprimere i margini dei concorrenti altrettanto efficienti, con effetti restrittivi della concorrenza sul mercato al dettaglio dei servizi di accesso alla clientela non residenziale. Gli sconti praticati alla clientela sono stati infatti indirizzati selettivamente ai clienti che ricorrono a procedure di selezione del fornitore e che sono collocati in aree aperte alla concorrenza, ove è disponibile il servizio di accesso al tratto finale di rete verso il cliente (c.d. *unbundling* del *local loop*, ULL). Veda comunicato stampa AGCM del 10 maggio 2013 in www.agcm.it/stampa_e_comunicazione/news, p 1.

mercati dei servizi; tale sanzione è stata ridotta rispetto ai precedenti 152 milioni di €.

Adesso, come in precedenza accennato, sarà presentata in modo più analitico la vicenda relativa al provvedimento n. 13752 del 16 novembre 2004, perché non soltanto rappresentò una sanzione di una certa rilevanza quantitativa, ma allo stesso tempo perché, consentì di riavvicinare la posizione di Telecom alle regole concorrenziali europee. Con un'istruttoria durata oltre un anno, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato comminò a Telecom Italia una sanzione pecuniaria pari a 152 milioni di euro per aver abusato della propria posizione dominante sui mercati dei servizi di telecomunicazione su rete fissa⁵⁶.

Il caso assunse particolare interesse non solo per l'entità della sanzione, la più alta mai inflitta individualmente nei tre lustri di vita dell'italico antitrust, quanto per aver contribuito a mettere in rilievo alcuni aspetti cruciali del comparto delle telecomunicazioni, tra i quali il rallentamento nell'introduzione della concorrenza in un

56 A. GIANNACCARI, *Il caso Telecom*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, VII, 2005, pp. 201 ss.

contesto oramai liberalizzato⁵⁷. In estrema sintesi: le condotte adottate dall'*incumbent* erano volte a mantenere inalterata la posizione di dominanza detenuta sui mercati dei servizi finali, nonché su quelli dei servizi intermedi rivolti ai concorrenti, attraverso l'esclusione degli altri operatori dal mercato per la fornitura di servizi di telecomunicazione su rete fissa all'utenza aziendale. Tale strategia veniva posta in essere sulla base di due differenti tipologie di comportamento, la prima a carattere escludente, la seconda (sempre con finalità escludenti) di tipo discriminatorio. In relazione alla prima, Telecom Italia tentava di vincolare a se una quota rilevante dell'utenza business, mediante l'utilizzo di clausole contrattuali, rendendo quindi più difficile per i concorrenti l'offerta dei servizi alla clientela⁵⁸. Inoltre, ed era il secondo profilo strategico, Telecom Italia ostacolava l'accesso dei concorrenti ai servizi finali praticando condizioni economiche e tecniche nelle offerte all'utenza finale non replicabili dai concorrenti: venivano infatti applicate agli *other licensed operators*

57 Per un'analisi del settore delle telecomunicazioni, con attenzione ai profili di antitrust e regolazione, si faccia riferimento a C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2004, p. 375.

58 S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, pp. 257 ss.

(OLO) condizioni differenti rispetto a quelle praticate alle proprie divisioni commerciali⁵⁹.

Venendo ad analizzare il profilo escludente relativo alle clausole contrattuali applicate alla clientela affari⁶⁰, l'Autorità evidenziava che Telecom Italia aveva attuato una politica commerciale particolarmente aggressiva, volta al mantenimento e recupero delle quote di mercato in settori della domanda suscettibili di migrare verso altri operatori di telecomunicazioni. In particolare, l'AGCM osservava che il tentativo di Telecom Italia di contrastare la penetrazione concorrenziale degli OLO veniva attuata attraverso una pluralità di strumenti: mediante vincoli di esclusiva, ricorrendo a penalità in caso di recesso o attraverso clausole di adeguamento alla migliore offerta dei concorrenti (le cosiddette clausole inglesi)⁶¹.

Gli effetti delle clausole venivano corroborati, e siamo giunti al secondo meccanismo escludente, dall'esistenza di altre clausole

59 A. GIANNACCARI, *Il caso Telecom*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, in *cit.*, pp. 201 ss.

60 P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, pp. 165 ss.

61 Clausole inglesi: pattuizioni volte a far sì che, qualora un contraente avesse ricevuto offerte a condizioni economiche più favorevoli di quelle applicate da TI, avrebbe potuto richiedere l'allineamento dell'operatore *incumbent* alle offerte dei concorrenti. In altri termini, TI veniva a disporre dell'equivalente di un diritto di prelazione, in base al quale solo nel caso in cui essa avesse rifiutato di allinearsi alle offerte degli OLO, il cliente avrebbe avuto la possibilità di migrare verso altri fornitori. Per un approfondimento sul tema della scontistica vedi: P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, in *cit.*, pp. 165 ss.

che non contemplavano la possibilità di recesso unilaterale da parte del cliente o che garantivano a Telecom Italia la facoltà di recedere unilateralmente nel caso in cui si fossero verificati scostamenti significativi rispetto al fabbisogno di traffico stimato: in tal caso, per il traffico sviluppato sino al momento del recesso, sarebbero state applicate condizioni economiche più onerose rispetto a quelle pattuite⁶². Il procedimento si concluse, a seguito del ricorso presentato da Telecom, con una riduzione della sanzione a 115 milioni.

Queste vicende di applicazione pratica della disciplina comunitaria, mettono in evidenza l'importanza delle modalità con cui la Commissione guiderà l'attuazione della nuova regolazione che potrebbe colpire i prossimi nuovi entranti, a tutto vantaggio dei vecchi e delle piccole imprese che si troverebbero in posizione favorevole.

62 La strutturazione di tali clausole rendeva, quindi, particolarmente oneroso per il cliente il passaggio ad un altro operatore: in pratica, risultava pressoché impossibile che i clienti potessero sviluppare traffico con altri OLO, se non a condizioni contrattuali meno favorevoli, P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, in *cit.*, pp. 165 ss.

Capitolo IV

Gli interventi per introdurre e tutelare la concorrenza nel settore della telefonia fissa

1. L'accesso alla rete

Con riferimento all'apertura del mercato, possiamo evidenziare che, nel nostro ordinamento, la liberalizzazione si è resa, all'origine necessaria a causa dell'esistenza di una sola rete fissa di telecomunicazioni, gestita in situazione di monopolio¹. Tuttavia, l'unicità della rete e del gestore ha comportato che l'*incumbent*, cioè la società Telecom, malgrado la liberalizzazione del settore e la privatizzazione, sia stato in grado di personalizzare la propria gestione, riproducendo in alcuni segmenti una situazione di quasi monopolio², come abbiamo avuto l'occasione di vedere in

¹ Per un approfondimento delle ragioni della liberalizzazione del settore si veda il Capitolo 3, Paragrafo 3.

² Si noti che la presenza di una sola rete, configurabile, come una risorsa non duplicabile, considerati il suo costo ed i tempi che i nuovi entranti dovrebbero affrontare per offrirne un'alternativa, ha impedito, in un primo momento, che si verificassero le condizioni necessarie per la competizione e, quindi, per la permanenza sul mercato di una pluralità di organismi di telecomunicazioni. Veda Antitrust, delibera n. 8877 del 9 novembre 2000, par. 25, in Bollettino n. 43/00.

modo chiaro nel paragrafo relativo agli abusi di posizione dominante che Telecom ha subito.

Esistono altri fattori, che possono rallentare ed hanno rallentato il settore delle telecomunicazioni alla concorrenza. Tra questi, va, in primo luogo, menzionato il fenomeno del frazionamento del mercato, dovuto anche al rapido evolversi della tecnologia³.

Altri elementi in grado di frenare la concorrenza sono costituiti dal cattivo riparto di competenze tra diversi soggetti “regolatori”. Da un lato, vi sono, infatti, i regolatori pubblici che esercitano competenze funzionali. Dall’altro, vanno menzionati anche quei soggetti che, per il loro ruolo operativo o di fruitori dei servizi, sono portatori di istanze di regolazione particolare. Tra questi l’*incumbent*, i *new entrants* e gli utenti che agiscono secondo ottiche loro proprie⁴.

Si è visto che la rete delle telecomunicazioni è una rete chiusa. Per stabilirvi la concorrenza è, pertanto, indispensabile,

3 Il frazionamento ha consentito all’AGCOM di parcellizzare la propria disciplina, emanata senza alcuna sistematicità e prevedibilità che ha mancato, in tal modo, di svolgere il ruolo di guida che l’ordinamento le aveva assegnato. Inoltre, se le regole per consentire l’ingresso nel mercato sono eterogenee, può essere attribuito loro un peso differenziato ed esse possono essere interpretate in maniera diversa, non facilitando, in tal modo, l’entrata di nuovi operatori.

4 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, pp. 157 ss.

preliminarmente, aprirla a coloro che sulla rete vogliono offrire determinati servizi. Dunque è necessario fissare le regole per l'apertura della rete. Poiché il presupposto della rete aperta è la separazione tra la titolarità della rete, gestione della rete e erogazione dei servizi⁵, il regolatore è tenuto ad intervenire nel caso in cui tale separazione non sia rispettata. Intervenuta la separazione, al regolatore è attribuito il compito di individuare i servizi che l'*incumbent* dovrà offrire sulla rete, estendendo ai nuovi entranti condizioni simili a quelle di cui esso stesso gode.

Sotto questo profilo, va segnalato l'art. 35 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001, che ha riscritto l'art. 113 del Testo unico degli enti locali⁶. La legge dispone che gli enti locali non possono cedere la proprietà delle reti e che saranno le discipline di settore ad indicare i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici possa essere separata da quella dell'erogazione degli stessi.

Il principio della separazione tra la proprietà delle reti, la loro gestione e l'erogazione del servizio viene sostituito da quello della

⁵ G. HERMES, *Problemi dell'accesso alla rete*, in E. FERRARI (a cura di), *Servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, pp. 97 ss.

⁶ D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

separazione tra la proprietà e gestione delle reti, da un lato, ed erogazione del servizio dall'altro, a meno che non intervenga la legislazione speciale.

Adesso è venuto il momento di entrare nel merito del tema dell'accesso alla rete, in quanto, come abbiamo avuto modo di notare nel paragrafo relativo agli abusi di posizione dominante che Telecom ha prodotto, la tematica dell'accesso è in perfetta relazione di corrispondenza con il mercato libero e senza barriere di entrata che ostacolano eventuali nuovi entranti; in prima battuta, bisogna subito distinguere l'accesso alla rete della telefonia fissa dall'accesso alla rete della telefonia mobile.

La disciplina dell'accesso alla rete fissa non ha trovato una completa regolamentazione a livello comunitario, inoltre, la disciplina nazionale si è in parte discostata dalle indicazioni comunitarie in modo tale che non è sempre chiaro se le disposizioni di cui al d.P.R. 318/97, in particolar modo quelle di cui all'art. 5, "Condizioni di accesso alla rete" dettate per la telefonia fissa, siano utilizzabili anche per l'accesso alla rete mobile⁷.

⁷ R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 187 ss.

Per quanto concerne nello specifico la rete fissa, esiste un accesso generale disciplinato dal d.P.R. 318/97, art. 5, in base al quale un organismo di telecomunicazioni sprovvisto di rete può, previo accordo con il possessore di una rete, ottenere un accesso per utilizzare i servizi che la rete offre⁸.

Sempre con riferimento alla telefonia fissa, esiste anche un accesso speciale alla rete che si materializza in un obbligo gravante sull'organismo di telecomunicazioni notificato come avente significativo potere di mercato⁹.

In particolare, gli operatori possono essere obbligati ad accogliere le richieste ragionevoli di accesso e ad autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora si verifichi il rifiuto di concedere l'accesso, o la previsione di termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente, ostacolerebbero lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul

⁸ Naturalmente, così come vedremo per l'interconnessione, *Infra.*, esiste nella normativa nazionale un obbligo di negoziare l'accesso alla rete, sul rispetto del quale vigila l'AGCOM.

⁹ Per un'analisi relativa alla dichiarazione di notevole forza di mercato si veda la parte iniziale del paragrafo 5 del Capitolo 3, dove si evidenzia la distinzione, che la dottrina praticava, fra notevole forza di mercato e abuso di posizione dominante; distinzione venuta meno a seguito di un'estensione del concetto di abuso di posizione dominante. Si veda *Infra.* Cap. 3, par. 5.

mercato al dettaglio e sarebbero contrari agli interessi dell'utente finale¹⁰.

Per quanto riguarda l'utilizzazione dei due tipi di accesso ora esaminati, la lettura delle disposizioni del d.P.R. 318/97 induce a ritenere che essi siano limitati alla rete fissa. Ciò si può desumere, in primo luogo, dalla denominazione dell'art. 5 "Condizioni di accesso alla rete" (cioè all'unica rete fissa), non alle reti.

Va, inoltre, aggiunto che l'emanazione del d.P.R. 11 gennaio 2001, n. 77, in attuazione delle direttive 97/51/CE e 98/10/CE, affida all'AGCOM la disciplina dell'accesso alla rete per la sola telefonia fissa¹¹.

Nel 2002, per favorire la transizione alla concorrenza garantendo a tutti gli OLO di accedere in modo non discriminatorio

10 Agli operatori può essere imposto, tra l'altro: di concedere agli operatori un accesso a determinati elementi e risorse di rete, compreso l'accesso disaggregato alla rete locale; di negoziare in buona fede con gli operatori che chiedono un accesso; di non revocare l'accesso alle risorse consentito in precedenza; di garantire determinati servizi all'ingrosso necessari affinché terze parti possano formulare offerte; di concedere un accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli e ad altre tecnologie indispensabili per l'interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti private virtuali; di consentire la cospicua o la condivisione degli impianti, inclusi condotti, edifici o piloni; di fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l'interoperabilità dei servizi da punto a punto, tra cui risorse per i servizi di reti intelligenti o servizi di *roaming* tra operatori di reti mobili; di garantire l'accesso ai sistemi di supporto operativo o a sistemi software analoghi necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi; di interconnettere reti o risorse di rete. Veda L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 18, 2008, p. 95.

11 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 192 ss.

alle risorse di rete dell'*incumbent*, l'AGCOM adottò la delibera n. 152/02/Cons¹².

Subito dopo la liberalizzazione¹³, fu chiaro che il controllo della rete consentiva all'operatore *ex* monopolista di esercitare un notevole potere anche nei mercati al dettaglio correlati, ostacolando così l'ingresso e lo sviluppo degli operatori concorrenti¹⁴. D'altra parte, il principio della parità di trattamento è indispensabile per gli OLO per competere ad armi pari con l'*incumbent* sul mercato dei servizi finali. Essi, nell'uso dei servizi intermedi, devono avere le stesse condizioni che l'operatore *SMP* offre alle proprie divisioni commerciali¹⁵. A tal fine, l'AGCOM ha imposto a Telecom Italia una "separazione amministrativa", disciplinando alcuni aspetti relativi alla contabilità regolatoria¹⁶.

12 La delibera reca la seguente intitolazione: Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa.

13 Per un approfondimento della tematica relativa al periodo post-liberalizzazione, si veda il Capitolo 3, paragrafo 4.

14 Come abbiamo avuto modo di notare nel capitolo precedente, nel paragrafo relativo agli abusi di posizione dominante dell'*incumbent*, le problematiche concernenti l'ingresso di nuovi entranti nel mercato della rete di telefonia fissa hanno suscitato l'attenzione dell'Autorità di regolazione del mercato che è intervenuta più volte ad impedire l'effetto restrittivo all'ingresso prodotto da Telecom. Si veda *Infra*. Cap. 3, par. 4-5.

15 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in cit., pp. 100 ss.

16 L'AGCM, nel proprio parere non vincolante su questa delibera, indicò che il modo più efficace per garantire la parità di trattamento sarebbe stato imporre all'operatore dominante verticalmente integrato una separazione strutturale, societaria o proprietaria, delle attività di gestione dei servizi di rete da quelle di fornitura di servizi al dettaglio.

Questi sono soltanto alcuni esempi dei tanti obblighi imposti per garantire l'accesso al mercato della telefonia fissa, obblighi che saranno trattati in modo più approfondito nei paragrafi successivi.

Adesso occupiamoci nello specifico delle diverse forme di accesso all'ingrosso nella rete fissa: offerta di servizi di accesso disaggregato¹⁷, di *bitstream* e di WLR¹⁸.

L'AGCOM ha individuato un mercato dell'accesso disaggregato all'ingrosso per la fornitura di servizi a banda larga e vocali, di dimensione geografica nazionale, distinto dall'accesso a banda larga all'ingrosso e dall'accesso disaggregato alla rete di distribuzione di fibra ottica¹⁹. Con la disaggregazione s'intende dare agli operatori privi di una infrastruttura di accesso la possibilità di offrire, senza mediazioni, servizi voce e dati ai singoli utenti²⁰. Da

17 Per accesso disaggregato s'intende un accesso a livello locale della rete dell'operatore storico da parte dei concorrenti nella telefonia fissa per consentire loro di fornire all'utente finale servizi di telefonia vocale o di trasmissione dati in ambito locale.

18 Per un'attenta analisi delle diverse forme di accesso all'ingrosso alla rete fissa, si v. E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, I, 2006, pp.525 ss.

19 AGCOM, del. 4/06/Cons del 12 gennaio 2006, art. 2.

20 Tecnicamente l'accesso disaggregato alle reti e alle sottoreti metalliche è classificabile in due categorie: accesso di tipo fisico e accesso di tipo logico. Con l'accesso di tipo fisico il proprietario della rete locale fornisce ad un altro operatore l'accesso alla sede dell'utente a partire da un punto intermedio della rete locale, situato tra la terminazione d'utente ed il punto di attestazione lato utente sulla centrale locale. In questa circostanza si parla di accesso completamente disaggregato alla rete locale o sotto rete locale *full unbundling local loop-ull* o *sub-loop ull*. L'operatore che riceve la fornitura di tale categoria di accesso può usare tutto lo spettro di frequenze disponibile sulla coppia elicoidale metallica. Con l'accesso di tipo logico il proprietario della rete fornisce ad un altro operatore un flusso numerico con caratteristiche determinate, inclusi sia il mezzo che i sistemi trasmissivi. Con la fornitura di questa tipologia di accesso è consentito l'uso della banda non locale destinata al traffico dati dello spettro

principio, i servizi di accesso disaggregato della rete metallica furono introdotti come misura pro-competitiva nei mercati dei servizi vocali; in seguito questa misura è stata utilizzata anche come leva per stimolare la concorrenza nel mercato dei servizi di trasmissione dati.

È opportuno affrontare la tematica delle nuove tecnologie di accesso in quanto questo livello della rete fissa è il *bottleneck* che più frena lo sviluppo della concorrenza.

Tra le alternative tecniche più innovative al “doppino in rame” vi sono le reti di accesso via etere o Wireless Local Loop-WWL, Wi-Fi e GSM/UMTS, satellitari, via cavo coassiale e i sistemi elettrici o Power-line Communications-PLC. L’AGCOM ha ristretto la propria attenzione sulla effettiva sostituibilità della fibra ottica, del WLL²¹ e del PLC²².

disponibile. La rete locale pertanto continua ad essere impiegata dal proprietario dell’infrastruttura per fornire al pubblico i servizi vocali. È per questo motivo che si parla di accesso condiviso alla rete locale o *shared access*. Vi possono poi essere esercizi accessori come co-locazione, il prolungamento dell’accesso, il canale numerico, i servizi per la gestione dei locali e dei raccordi interni di centrale, nonché le specifiche attività di manutenzione, completano l’offerta di accesso disaggregato all’ingrosso destinata agli operatori detti alternativi o entranti. Tra i servizi di accesso disaggregato alla rete locale offerti nel mercato italiano vi è anche quello alla rete in fibra ottica.

21 La tecnologia WLL è alternativa all’accesso locale ad alta velocità. I sistemi punto-multipunto offrono un accesso a larga banda realizzabile in tempi brevi a costi realizzativi e gestionali ridotti e con un basso impatto urbanistico.

22 La PLC, tecnologia per la trasmissione di dati in banda larga, è ancora meno matura del WLL. Si trova in fase di sperimentazione; per questo è inidonea a rappresentare un sostituto alla rete metallica dal lato della domanda e dell’offerta nei mercati all’ingrosso e al dettaglio; v. AGCOM, del. 4/06/Cons, Capo III.

Passando ad analizzare brevemente la seconda forma di accesso all'ingrosso della rete fissa, Servizi di accesso a banda larga (*Bitstream*), notiamo che l'AGCOM l'ha voluto tenere distinto da quello a banda stretta e dall'accesso²³ a banda larga da rete mobile²⁴. Tale mercato è unico e nazionale. Cioè le caratteristiche tecnico/qualitative non giustificano un'ulteriore segmentazione. Anche in questo mercato, l'Autorità ha valutato che non vi sono ancora condizioni di concorrenza effettiva.

Per quanto concerne l'ultima forma di accesso all'ingrosso della rete fissa che rimane da analizzare, Servizi di rivendita del canone all'ingrosso (*Wholesale Line Rental*), l'Autorità ha imposto all'operatore notificato l'obbligo di offrire un servizio di accesso *wholesale* alla rete telefonica il c.d. WLR, in tutte le aree non ancora aperte ai servizi unbundling, ossia dove non è presente neanche un operatore alternativo che utilizzi correntemente i servizi di accesso disaggregato²⁵.

Non si può fare a meno di menzionare, seppur per cenni vista la natura giuridica dell'atto, il decreto legge "Sblocca Italia", in

23 AGCOM, del. 117/05/Cons, all. B, pt. 56-66.

24 AGCOM, del. 117/05/Cons, all. B, pt. 67-73.

25 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *cit.*, pp. 105 ss.

particolare la parte rubricata “sblocca reti”, in quanto rappresenta l’ultima novità in ordine di tempo in materia di accesso alla rete telefonica fissa. Nel decreto del governo “Renzi” sono previste all’art. 6 agevolazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica a banda larga, tali agevolazioni sono concesse a quegli imprenditori che decidono di investire nel settore delle infrastrutture dell’accesso alla rete fissa solo in presenza di precise condizioni²⁶.

Il presente decreto si trova in una fase ove è possibile che subisca ulteriori modifiche, per questa ragione è necessario rinviare alle future modifiche del Legislatore per un aggiornamento mirato ed attendibile.

26 Possono usufruire del credito d'imposta sull'IRAP complessivamente dovute dall'impresa che realizza l'intervento infrastrutturale, entro il limite massimo del 50 per cento del costo dell'investimento quelle imprese che: diano evidenza pubblica all'impegno che intendono assumere, manifestando il proprio interesse per la specifica area attraverso prenotazione tramite apposito formulario pubblicato sul sito web dedicato alla classificazione delle aree ai fini del Piano Strategico banda ultralarga del Ministero dello Sviluppo Economico; rispettino i seguenti parametri: siano interventi infrastrutturali nuovi e aggiuntivi non già previsti in piani industriali o finanziari o in altri idonei atti approvati entro il 31 luglio 2014, funzionali ad assicurare il servizio a banda ultralarga a tutti i soggetti potenzialmente interessati insistenti nell'area considerata; soddisfino un obiettivo di pubblico interesse previsto dall'Agenda Digitale Europea; prevedano un investimento privato non inferiore alle soglie di seguito indicate finalizzato all'estensione della rete a banda ultralarga: 1) nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti: investimento non inferiore a 200 mila euro e completamento degli interventi infrastrutturali entro 9 mesi dalla data di prenotazione; 2) nei comuni con popolazione compresa tra 5.000 e 10.000 abitanti: investimento non inferiore a 500 mila euro e completamento degli interventi infrastrutturali entro 12 mesi dalla data di prenotazione; 3) nei comuni con popolazione superiore ai 10.000 abitanti: investimento non inferiore a 1 milione di euro e completamento degli interventi infrastrutturali entro 12 mesi dalla data di prenotazione; le condizioni del mercato siano insufficienti a garantire che l'investimento privato sia realizzato entro 2 anni dall'entrata in vigore del presente decreto-legge.

1.1 Considerazioni sullo scorporo della rete di Telecom Italia

L'art. 45, co. 3-4, d.lgs. n. 259/2003, dispone che, in circostanze eccezionali, l'Autorità può imporre agli operatori aventi significativo potere di mercato obblighi in materia di accesso e di interconnessione diversi da quelli tipici (obblighi di trasparenza, obblighi di non discriminazione, obblighi di separazione contabile, obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete, obblighi in materia di controllo dei prezzi e contabilità dei costi)²⁷. Questa decisione deve ricevere l'autorizzazione dalla Commissione europea. Tali obblighi imposti, ad ogni modo, devono trovare fondamento “sulla natura delle questioni oggetto di istruttoria”, inoltre devono essere informati agli obiettivi comuni della regolazione e la loro adozione deve essere preceduta dalla procedura di consultazione degli interessati e degli altri regolatori europei.

L'AGCOM ha ritenuto di potersi valere di questa disposizione per avviare un'istruttoria preordinata ad imporre all'*incumbent*

²⁷ L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in cit., pp. 95 ss.

italiano la separazione della rete di accesso²⁸. Questa misura, studiata in sede internazionale²⁹, è stata adottata dal Regolatore britannico Ofcom³⁰.

L'AGCOM è nelle condizioni di poter ricevere da Telecom Italia impegni vincolanti. Ciò può riguardare anche la separazione strutturale della rete di accesso³¹. Il negoziato tra regolatore e *incumbent* è iniziato informalmente nel 2006. Era prevista la conclusione della procedura di consultazione degli interessati nel marzo 2008. Attualmente, però, nessuna misura definitiva è stata ancora assunta.

28 AGCOM, del. 626/07/Cons del 12 dicembre 2007.

29 I documenti OCSE, *Structural Separation in Regulated Industries*, 2001, e *The Benefits and Costs of Structural Separation of the Local Loop*, 2003, consultabili nelle pagine web dell'organizzazione.

30 Ofcom parte dall'idea che solo una reale concorrenza fra operatori con proprie infrastrutture può recare benefici in termini di maggiore varietà dei servizi. La regolazione, dunque, deve promuovere una "*infrastructure based competition*", ma fino a quel livello di rete in cui si dimostri efficace e sostenibile. Il regolatore inglese nota che la rilevanza d'economie di scala e la presenza di costi non recuperabili rende alcune parti della rete, come quella d'accesso, non economicamente duplicabili. L'implicazione è il perdurare di "colli di bottiglia" che impongono agli operatori alternativi di accedere alle parti della rete di British Telecom per le quali una competizione fra infrastrutture non è sostenibile. Da qui la necessità che British Telecom fornisca l'accesso alla sua rete alle stesse condizioni in cui lo fornisce a se stessa. Questo approccio incentrato sulla parità nelle condizioni d'accesso è appunto definito "*equality of access*". Ofcom elabora tre strategie regolatorie. La prima coincide con una sostanziale deregolamentazione e con il rinvio all'intervento antitrust della soluzione dei problemi concorrenziali. La seconda è l'avvio di una sua indagine con il successivo parere della *Competition Commission*, cui l'*Enterprise Act* dà la facoltà di imporre un'eventuale separazione strutturale dell'impresa dominante British Telecom. La terza è l'adozione di una regolamentazione che realizzi le condizioni d'eguaglianza dell'accesso, attraverso mirati interventi organizzativi e comportamentali di British Telecom. In letteratura l'avvio del dibattito precede l'intervento di Ofcom, si cfr. M. H. RYAN, *Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition*, in ECLR, vol. 24, 2003, p. 241.

31 In materia di impegni, si cfr. AGCOM, del. n. 645/06/Cons, recante Regolamento di attuazione dell'articolo 14bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*".

Sotto il profilo *de iure condendo*, occorre poi segnalare un'importante novità. Tra le ipotesi di revisione del quadro normativo del 2002, formulate dalla Commissione europea, figura espressamente la separazione strutturale. Per un verso, rimane invariata la disposizione di cui all'art. 8, comma 3, della direttiva 19/2002, sui vincoli atipici a cui ricorrere in circostanze eccezionali. Per l'altro, si propone di aggiungere gli artt. 13-*bis* e 13-*ter* relativi alla separazione funzionale della rete imposta dalla autorità di regolazione oppure decisa volontariamente dall'impresa verticalmente integrata³².

Su questa proposta possono farsi due osservazioni.

In primo luogo, si può rilevare che la coesistenza tra le due norme fa sorgere il dubbio se, ai sensi della prima norma, l'unica attualmente vigente, le Autorità nazionali siano legittimate a promuovere la separazione strutturale.

In secondo luogo, si nota che la Commissione, rispetto a tali misure regolatorie, si riserva un ruolo di *dominus*. La procedura preordinata alla separazione della rete assume una struttura di un

³² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

procedimento comunitario composto nel quale la Commissione agisce in posizione di supremazia funzionale³³.

A fine maggio 2013, Telecom Italia, ha annunciato l'intenzione di procedere allo scorporo volontario della rete di accesso (sia in rame sia in fibra), attualmente di proprietà della società stessa, che verrebbe conferita all'interno di una nuova società (OPAC). Lo scorporo porterebbe al passaggio dall'EOO (Equivalence of output), oggi garantito dalla divisione funzionale della rete in Open Access, all'Eol (Equivalence of input) e, quindi, alla creazione di condizioni di accesso alla rete equivalente per tutti gli operatori³⁴.

Tuttavia a luglio, Telecom Italia ha poi comunicato il congelamento del processo di scorporo della rete, riservandosi, in particolare, di valutarne la fattibilità anche alla luce dei recenti provvedimenti AGCOM in materia di condizioni di accesso alla rete.

Lo scorporo della proprietà della rete di accesso è indubbiamente un processo caratterizzato da un'elevata

33 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *cit.*, pp. 97 ss.

34 Veda l'audizione del senato presso l'8° commissione Lavori Pubblici e Comunicazioni del Senato del 19 settembre 2013, in *Senato.it*, pp. 18-23.

complessità, e costituirebbe di fatto un evento senza precedenti a livello europeo. A livello europeo nessun paese, ad eccezione dell'Inghilterra, ha implementato un processo di scorporo della proprietà della rete dell'*incumbent*.

Il processo di scorporo della rete di Telecom Italia presenta, tuttavia, una serie di complessità rilevanti. Saranno elencate, per categoria, le insidie che tale processo si porta dietro; in particolare: per quanto concerne l'assetto di *governance* sarà necessario procedere alla definizione di organi di controllo e di management in grado di garantire l'effettiva indipendenza decisionale e funzionale della nuova società della rete. Per limitare il controllo da parte di Telecom Italia, potrà essere favorita la presenza nel capitale di operatori industriali, soggetti istituzionali e partner finanziari; per quanto concerne la regolamentazione, sarà necessario contemperare da una parte le richieste dell'*incumbent* di un rilascio dei vincoli regolatori (in particolare, per quanto attiene alle tariffe di accesso) e, dall'altra, l'esigenza manifesta degli OLOs di adeguata garanzia di accesso equo e neutrale alla rete scorporata. Rappresentano ulteriori ostacoli alla realizzazione del progetto di scorporo, anche i tempi di realizzazione, stimati in 24-36 mesi; infine, come ulteriore

elemento di insidia bisogna considerare le complessità relative ai costi dell'operazione, che richiederà un ingente sforzo di adeguamento e, quindi, la necessità di allocare correttamente le relative spese da sostenere.

Lo scorporo della rete si presenta come un porcesso complesso e di non facile realizzazione. In Italia, il ritardo delle reti di nuova generazione, esige un'attenta considerazione del problema, e nel caso in cui lo scorporo della rete non si finalizzi, l'identificazione di soluzioni alternative³⁵.

A fronte dell'obiettivo di sviluppo di una rete di nuova generazione nel Paese, è necessario analizzare con attenzione se, il processo di scorporo e la nascita della nuova società della rete sarà garantita soltanto a fronte della solidità patrimoniale della società scorporata e della conseguente capacità di ottenere finanziamenti in maniera autonoma. Si dovrà quindi prestare attenzione a: mantenimento di una bassa leva finanziaria; politica di dividendi bilanciata. La volontà di scorporare la rete da parte di Telecom Italia appare però più come un'operazione finanziaria contingente,

³⁵ Veda l'audizione del senato presso l'8° commissione Lavori Pubblici e Comunicazioni del Senato del 19 settembre 2013, in *Senato.it*, pp. 18-23.

finalizzata a ridurre il debito in capo alla società, piuttosto che un intervento pensato con una chiara logica industriale, atto a promuovere quegli investimenti sulla rete di nuova generazione oramai da anni rimandati.

Appare quindi opportuno considerare scenari alternativi: per quanto riguarda la tensione finanziaria di Telecom Italia, si potrebbe considerare di percorrere la strada più naturale, ossia un aumento di capitale in capo all'azienda; per quanto riguarda la separazione della rete, il modello UK (separazione soltanto funzionale ma con meccanismi in grado di garantire comunque l'EOL) potrebbe rappresentare un primo, serio step; per quanto riguarda, infine, lo sviluppo della rete di nuova generazione, puntare su interventi di natura prettamente industriale, avvantaggiandosi della presenza sul territorio nazionale di un operatore come Metroweb e favorendo collaborazioni tra Metroweb stessa, Telecom Italia ed altri operatori locali di rete.

La vicenda relativa allo scorporo è tutt'ora in fase di evoluzione, per questo è necessario precisare che non sarà possibile inserire un epilogo della questione; questo non impedisce, però, di riportare le ultime vicende che risalgono ai primi mesi del 2014.

In particolare, nel mese d'aprile, l'ad di Telecom Italia, Marco Patuano, ha definitivamente messo la parola fine alla procedura di scorporo, evidenziando come Telecom Italia non abbia bisogno di fare ricorso al mercato per ottenere liquidità. Ha aggiunto che è necessario abbandonare la logica del *competition by litigation*, che distorce il quadro concorrenziale, ipoteca il futuro, ed è nocivo per l'intera industria³⁶.

Quanto, poi, all'ondata di consolidamento che sta interessando il mercato delle telecomunicazioni europeo e alla possibile spinta in tal senso della presenza di Telefonica³⁷ nel capitale della società, Patuano ha evidenziato che la strategia di Telecom è sostanzialmente diversa da quella del socio spagnolo “*che persegue una strategia paneuropea*”, e non ha escluso che il consolidamento potrà portare anche all'unione tra *incumbent*.

36 L'intervista svoltasi l'11 aprile 2014 è reperibile per intero in [www.ilsole24ore.it/impresa e territorio/regole e incentivi](http://www.ilsole24ore.it/impresa-e-territorio/regole-e-incitivi), *Telecom Italia, Marco Patuano mette la parola fine allo scorporo della rete*, pp. 1 ss.

37 Telefónica S.A. è una compagnia di telecomunicazioni spagnola. Opera principalmente in Spagna e America latina. È una delle più grandi società di telecomunicazioni fissa e mobile, quarta in termini di numero di clienti e quinta nel valore di mercato totale. Fondata nel 1924, fino alla liberalizzazione del mercato nel 1997, Telefónica era il solo operatore telefonico in Spagna, e nel 2004 aveva ancora una posizione dominante con oltre il 75% del mercato.

2. *L'interconnessione*

L'interconnessione non costituisce né una modalità per entrare nel mercato né una modalità per accedere alle reti. Piuttosto essa può configurarsi come un'attività che, sotto il profilo logico e temporale si colloca tra l'ingresso nel mercato e l'accesso alle reti. Essa è stata definita dalla normativa europea e da quella nazionale il collegamento fisico e logico delle reti di telecomunicazioni per consentire agli utenti della rete di un organismo di telecomunicazioni di comunicare con gli utenti della rete di altro organismo o di utilizzarne i servizi³⁸.

In altri termini, l'interconnessione con cui si collegano tra di loro le reti fisse, quelle mobili, le reti mobili con le reti fisse e i servizi con le reti³⁹, pur non costituendo un accesso alla rete, rappresenta un'attività preliminare e indispensabile per consentirlo, permettendo alle imprese che si interconnettono di utilizzare ognuna i clienti e i servizi dell'altra, massimizzando l'effetto club. Infatti, un'interconnessione che riguardasse, ad esempio, le sole reti

37 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 194 ss.

38 Esiste, infatti, l'interconnessione di reti e l'interconnessione di reti e servizi.

mobili tra di loro, avrebbe per l'utente una modesta utilità e conseguenze limitate sullo sviluppo dell'intero mercato della telefonia.

Sotto il profilo giuridico, l'interconnessione è un atto che si fonda, in prima battuta, su un accordo tra operatori e dà luogo ad una ipotesi di *self regulation* sulla quale può intervenire con diversi mezzi l'AGCOM. Infatti, l'interconnessione che rappresenta il perno del mercato competitivo è stata sottoposta alla costante vigilanza delle autorità nazionali. Queste, essendo le reti delle telecomunicazioni strutturalmente reti chiuse, svolgono una minuziosa attività di regolazione per aprirle con vantaggio di tutti.

Sotto il profilo operativo, il legame tra reti e tra reti e servizi di cui si è detto, si fonda sulla regola che tutti gli organismi autorizzati a fornire reti e servizi destinati al pubblico hanno il diritto e, se richiesti, l'obbligo di interconnettersi⁴⁰.

40 In altri termini, al diritto all'interconnessione, una volta accolto, corrisponde l'obbligo di offrire l'interconnessione ad altri richiedenti, sempre che l'organo di regolazione non disponga diversamente.

Se poi l'organismo cui l'interconnessione è richiesta rientra tra quelli notificati come aventi notevole forza di mercato, esso è tenuto a particolari comportamenti⁴¹.

Su richiesta dell'AGCOM, gli organismi notificati devono dimostrare che le condizioni economiche applicate basate sui costi effettivi, prevedendo, per quanto riguarda l'interconnessione, una modulazione oraria delle tariffe applicabili per tenere conto delle eventuali congestioni di traffico⁴².

Queste condizioni devono essere disaggregate per servizi, in modo da evitare che il richiedente debba sostenere oneri non strettamente attinenti al servizio richiesto e il loro sistema di contabilità dei costi deve essere dettagliato.

41 Ad esempio, nell'offerta di interconnessione è tenuto a presentare un listino di riferimento, rispettare il principio di non discriminazione e di trasparenza delle condizioni economiche di offerta, applicando condizioni simili a tutti gli organismi che si interconnettono e forniscono servizi analoghi ed è tenuto al rispetto del principio dell'orientamento dei costi. In particolare, l'offerta di interconnessione di riferimento, può essere modificata dall'AGCOM. Le norme dispongono il soddisfacimento delle richieste ragionevoli di accesso alla rete in punti diversi dai punti terminali di rete. R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 196-197.

42 La Commissione europea, nelle sue proposte di direttiva consente alle autorità nazionali di imporre il controllo sui prezzi per la fornitura di specifici servizi di interconnessione da parte di operatori con notevole potere su un determinato mercato. Secondo altre opinioni, tale intervento sarebbe consentibile solo in presenza di carenze durevoli, senza nessuna prospettiva di concorrenza a lungo termine. Cfr. A. FRATTINI, *Segnalazioni europee*, in *Beltel*, II, 2001, p. 65.

Sempre dietro richiesta dell'AGCOM, tali organismi sono obbligati a fornire elementi significativi del sistema informativo di separazione contabile ed i dati contabili da questo derivanti⁴³.

In sede comunitaria, una tappa fondamentale del processo di avvio dell'interconnessione è costituita dalla direttiva 95/62/CE e dalla direttiva 96/19/CE. Con queste due direttive si è passati da una garanzia dell'accesso alla rete ad una garanzia di collegamento tra reti.

In sede nazionale, l'interconnessione è stata disciplinata dalla legge 249/97, dal d.P.R. 318/97, art. 4. Il decreto ha definito l'interconnessione, il collegamento fisico e logico di reti di telecomunicazioni per consentire agli utenti di una rete di comunicare con quelli della stessa o di altra rete o di accedere ai servizi offerti sulle reti. In materia, è intervenuto, successivamente, il D.M. 23 aprile 1998 (art. 3).

Secondo la giurisprudenza amministrativa il diritto all'interconnessione ricomprenderebbe, oltre all'interconnessione tra le reti e tra le reti e i servizi, anche l'interconnessione con

⁴³ Tali organismi sono obbligati ad osservare i principi di trasparenza, obiettività e di orientamento ai costi per le condizioni economiche relative all'accesso e all'uso della rete telefonica fissa. Si veda F. BASSAN, *Notevole forza di mercato, ad vocem*, in *Dizionario*, I, 1999, pp. 149 ss.

operatori alternativi, non dotati di reti proprie, che utilizzano la rete per l'offerta di servizi che impegnano modesti segmenti o singoli nodi di rete. Questa interpretazione accresce la complessità dell'individuazione di un dato tecnico relativo al momento in cui l'interconnessione diviene un collegamento necessario.

Il problema si pone in quanto le reti delle telecomunicazioni possono consentire diversi accessi e, a seconda del luogo in cui l'entrata avviene, l'interconnessione può essere necessaria o non. Si può, infatti, accedere alla rete anche con il *local loop* (o spaccettamento dell'ultimo miglio). È previsto, inoltre, il collegamento alle *long distance calls*, alla *carrier selection*⁴⁴ e alla *carrier preselection* o ai servizi a valore aggiunto.

L'accesso alla rete può godere di una sua propria autonomia, rispetto all'interconnessione, e può essere configurato come un servizio di "connessione" ad una rete, diverso dall'interconnessione, spesso fondato su un collegamento estremamente periferico per la rete.

⁴⁴ Prestazione che permette a un utente di scegliere un operatore a lunga distanza nazionale o internazionale diverso da quello con cui ha sottoscritto il contratto per l'accesso alla rete. Il servizio di *carrier selection* può essere fruito in modalità *easy access*, tramite la selezione del vettore al momento della chiamata, o in modalità *equal access*, qualora l'utente prelezioni (*preselection*) il vettore in modo preventivo e permanente.

La delibera dell'AGCOM n. 148/01/Cons, art. 2, a), indica le questioni che devono essere oggetto di un accordo di interconnessione e disciplina i casi di accesso speciale alle reti in cui l'Autorità è chiamata ad intervenire.

La possibilità di allacci alla rete senza interconnessione ha inciso anche sulla definizione di quest'ultima poiché, accanto all'interconnessione che riguarda sia le reti, sia le reti e i servizi, che prende anche il nome di interconnessione di terminazione si è cercato di evidenziare una cd, "interconnessione di raccolta". Va osservato che l'interconnessione di raccolta non ha un contenuto preciso, limitandosi a permettere il passaggio del traffico telefonico dell'*incumbent*, acquistato all'ingrosso da un operatore, chiamato *reseller*, e da questi rivenduto sul mercato, in determinate fasce orarie, ad un prezzo inferiore a quello che l'ex monopolista praticerebbe. Queste attività commerciali prendono il nome di "ritargatura" o rivendita del traffico. Il *reseller* che le compie non possiede una propria rete e non può connettersi. Questa ipotesi di mera rivendita di traffico va tenuta distinta dalla *carrier selection*,

dove l'operatore offre un proprio servizio su reti diverse dalla rete Telecom e a Telecom chiede solo un "passaggio"⁴⁵.

Poiché l'interconnessione è considerata il motore della concorrenza, occorre sottolineare che un'attività di rivendita come quella ora descritta non produce alcun effetto ai fini concorrenziali. Perciò si afferma che il *reselling* dovrebbe essere, se non impedito, almeno scoraggiato.

Sotto il profilo normativo, l'accordo di interconnessione è tutto fondato, in prima battuta almeno, su una apparente *self regulation*, la negoziazione appunto. In sostanza, però, le parti, in questa fase che precede l'accordo vero e proprio, sono tenute a seguire una normativa e parametri già predisposti dall'ordinamento, ai quali possono apportare solo modestissime modificazioni.

In particolare, per quanto concerne la negoziazione, questa può avere inizio solo dopo che è stato presentato dall'*incumbent* il listino di riferimento dei prezzi da praticare.

Il listino viene controllato dall'Autorità che ne accerta la conformità alle indicazioni comunitarie, lo approva e provvede alla

45 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 198-199.

sua pubblicazione. L'approvazione agisce come *condicio juris* dell'efficacia del listino, una volta presentato.

L'Autorità, in tema di interconnessione, può intervenire in qualunque momento ed è tenuta a farlo se richiesta da una delle parti: per indicare le questioni che devono essere oggetto di un accordo di interconnessione o fissare condizioni che le parti debbono rispettare; per fissare le scadenze entro cui devono essere concluse le trattative dell'accordo di interconnessione; in via eccezionale, per esigere modificazioni degli accordi di interconnessione già conclusi, ove ciò sia giustificato dalla esigenza di garantire un'effettiva concorrenza.

L'Autorità è tenuta ad esperire un tentativo di conciliazione se richiesta da un organismo di telecomunicazioni che lamenti la violazione, da parte di un'altra impresa, di un suo diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme che disciplinano la materia.

Anche l'esito della negoziazione è sottoposto al controllo dell'Autorità. La normativa prevede un'ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo, che è data dalla reiezione della

richiesta di interconnessione, e disciplina casi in cui la negoziazione sia difficile.

2.1 Analisi dei mercati e regolazione dell'interconnessione

Adesso sarà presentata una breve digressione sull'identificazione dei mercati dei servizi di originazione, trasporto e terminazione.

Il mercato all'ingrosso della raccolta delle chiamate consente agli operatori privi di una propria rete di accesso di raggiungere “le postazione fisse presso cui sono attestati gli utenti finali”⁴⁶. Per l'Autorità, al di là delle differenze nelle direttrici della chiamata, il mercato è unico⁴⁷.

Rispetto alla definizione del mercato dei servizi di terminazione delle chiamate, l'Autorità ha valutato se esso sia un mercato singolo o se invece vada diviso in più sotto-mercati⁴⁸.

46 AGCOM, del. N. 30/05/Cons., all. B, pt. 60.

47 In base all'AGCOM del. 30/05/Cons., all. B, pt. 62, per direttrice s'intende se la chiamata sia locale, nazionale, fisso-mobile, Internet dial-up, verso numerazioni non geografiche. Gli utenti possono essere distinti in due categorie: residenziali e non residenziali o business. Per topologia di originazione si considera da linea privata e la raccolta delle chiamate da posizioni telefoniche pubbliche.

48 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in cit., pp. 110 ss.

Per l'AGCOM i servizi di terminazione verso reti fisse internazionali e nazionali sono mercati distinti. I due servizi rappresentano input per la realizzazione di differenti tipologie di chiamata.

Non profilandosi condizioni concorrenziali differenti, per l'Autorità l'origine delle chiamate da postazione fissa o mobile non consente di tracciare una distinzione nel mercato della terminazione su rete fissa, che pertanto rappresenta un unico mercato⁴⁹.

Con riguardo al mercato dei servizi di trasporto, l'Autorità ha individuato tre distinti prodotti per verificare se il mercato sia unico oppure se debba essere frazionato. I prodotti sui quali ruota l'analisi sono: i servizi di sola commutazione e quelli di trasporto tra autocommutatori; i servizi di inoltro e quelli di transito; i servizi di trasporto distinti in base al livello gerarchico della rete dell'operatore che li fornisce⁵⁰.

I servizi di sola commutazione e i servizi di trasporto tra autocommutatori sono le due tipologie di prodotti che un operatore

49 "Il servizio di terminazione su reti fisse consente di completare sia le chiamate originate da rete fissa sia le chiamate originate da rete mobile. In entrambi i casi, l'operatore che offre il servizio deve disporre di una rete che includa il punto terminale presso cui risulta attestato il numero chiamato. Tanto gli operatori di rete mobile quanto quelli di rete fissa necessitano di acquistare i servizi di terminazione su rete fissa. Nel primo caso, per completare tutte le chiamate dirette verso numerazioni attestate su reti fisse di operazioni di terzi". Si cfr. AGCOM, del. n. 30/05/Cons., all. B, pt. 91-94; in specie, il brano ripreso è al pt. 91.

50 AGCOM, del. N. 30/05/Cons., all. B, pt. 123.

può offrire con una propria infrastruttura. La sola commutazione consiste nel trasporto di una chiamata che si origina e termina su reti differenti da quella dell'operatore che offre il servizio. Questo servizio assolve ad una funzione di semplice interconnessione fra reti di operatori differenti⁵¹.

Grazie ai servizi di trasporto tra autocommutatori una chiamata è trasportata da una rete di originazione ad una di terminazione, e chi offre il servizio può essere terzo rispetto all'originazione e alla terminazione.

Parte del trasporto tra autocommutatori sono i servizi di inoltro e di transito. Il transito consiste nel trasporto di una chiamata da una rete di originazione ad una di terminazione, quando l'operatore che offre questo servizio è terzo rispetto a quello di originazione ed a quello di terminazione. Viceversa, nel caso in cui l'operatore che effettua il trasporto di una chiamata da una rete di originazione ad una terminazione coincide con quello di originazione o di terminazione, la prestazione, che consiste nel trasporto fra autocommutatori, si definisce inoltro⁵².

51 AGCOM, del. n. 30/05/Cons, all. B, pt. 125.

52 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *cit.*, pp. 113-114.

Sino ad ora si è valutata la necessità di segmentare il mercato del trasporto, in base a criteri funzionali. Vi è però la possibilità di articolare i servizi offerti con riferimento al livello gerarchico di rete dell'operatore che li fornisce.

Per i servizi di sola commutazione, il livello gerarchico di fornitura non differenzia le prestazioni offerte. Diverso è il caso dei servizi di trasporto fra autocommutatori, cioè il mercato del trasporto fatto dai servizi di inoltro e transito I/T⁵³.

Conclusivamente, l'AGCOM, tenendo nel massimo conto le indicazioni della Raccomandazione e delle linee guida e, sulla base di una valutazione puntuale del contesto competitivo nazionale e della tipologia delle reti dell'operatore *incumbent* e degli operatori alternativi, ha ritenuto opportuno segmentare il mercato dei servizi di transito nei seguenti mercati: servizi di sola commutazione; servizi di I/T distrettuale; servizi di I/T area-*gateway*; servizi di I/T

53 In particolare, un operatore che dispone di una rete, che copra capillarmente ed omogeneamente il territorio nazionale, può offrire servizi di I/T ai seguenti livelli gerarchici di rete: nazionale, regionale, locale. I servizi I/T nazionali di Telecom sono utilizzati dagli altri operatori per l'instradamento e il trasporto delle chiamate destinate verso aree-*gateway* differenti da quella in cui risiede il chiamante. I servizi I/T regionali offerti da Telecom Italia consentono ad altri operatori l'instradamento e il trasporto delle chiamate destinate: verso numerazioni del medesimo distretto, verso numerazioni di altri distretti appartenenti alla medesima area-*gateway* in cui risiede il chiamante, verso numerazioni mobili, verso numerazioni estere. Infine i servizi Telecom di I/T distrettuale permettono ad altri operatori l'instradamento ed il trasporto delle chiamate destinate verso numerazioni del medesimo distretto di originazione qualora il chiamante e il chiamato siano attestati su due autocommutatori locali differenti.

nazionale, ritenendo che, rispetto ad essi, ricorrano le condizioni per l'imposizione di obblighi *ex ante*⁵⁴.

3. *Le modalità di utilizzazione della rete e gli effetti sulla concorrenza*

Descritto l'accesso e l'interconnessione alle reti da parte degli organismi di telecomunicazioni, si è anche implicitamente chiarito che il nuovo entrante può utilizzare le reti secondo due filosofie, tra loro agli antipodi.

Se il nuovo entrante non possiede una propria rete ed intende gestire un servizio di ridotte dimensioni rispetto all'ammontare di traffico complessivo della rete, chiederà semplicemente l'accesso e l'uso di alcuni segmenti della rete principale, ad esempio, il nuovo entrante può utilizzare la rete dell'*incumbent*, previo l'affitto o l'acquisto di un monte ore di traffico, ad un determinato prezzo, da rivendere agli utenti in fasce orarie stabilite, ottenendo un limitato margine di guadagno. In questo caso, i servizi utilizzabili dal *new*

54 Si ricorda che tali condizioni sono: la presenza di ostacoli non transitori all'accesso; la presenza o meno di caratteristiche che inducano a pensare che nel mercato si svilupperanno nel tempo condizioni di concorrenza effettiva; l'efficacia relativa del diritto della concorrenza e della regolamentazione *ex ante* complementare.

entrant sono da lui predisposti, ma è poi l'*incumbent* a decidere, quello che può essere offerto e le condizioni alle quali il servizio può essere svolto. In queste situazioni, il *new entrant* è un mero “passatore di traffico”⁵⁵.

Se i *new entrant* che svolgono le ricordate attività sono numerosi si potrebbe anche affermare che nel settore è stata introdotta la concorrenza. Nella sostanza, tuttavia, non sempre la pluralità di operatori, come si è potuto già notare a proposito delle autorizzazioni, è indice di concorrenza⁵⁶.

Diverso è il caso del nuovo entrante possessore di rete, in grado di gestire un servizio che occupa l'intera rete. In tal caso l'impresa chiederà l'interconnessione, cioè il collegamento della propria rete con quella principale per gestire i propri servizi su quella. Se la rete del nuovo entrante ha acquisito tutte le novità tecnologiche che continuamente si riversano sul mercato delle telecomunicazioni, il nuovo imprenditore è in grado di introdurre

55 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *op. cit.*, pp. 204 ss.

56 Ad esempio, la concorrenza manca del tutto, anche se gli organismi di telecomunicazioni sono numerosi, quando essi sono solo *reseller* che non svolgono alcuna attività imprenditoriale, non ricercano l'efficienza, non introducono innovazione; si contentano solo di un modesto guadagno, rivendendo ad un prezzo minore ciò che l'*incumbent* offre sul mercato ad un prezzo più alto.

innovazioni, scegliere i servizi e le aree in cui offrirli, non è a ricasco di scelte altrui e si pone in concorrenza con l'*incumbent*.

Come si vede, nella prima ipotesi la concorrenza non si crea; nella seconda, la sua introduzione è possibile, ma non semplice, dovendo il nuovo entrante tenere conto di diversi elementi, il primo dei quali è la necessità di aggiornare continuamente la rete e il costo conseguente. Il secondo ostacolo è costituito dal costo dell'interconnessione. Infatti, pur in presenza di un'altra rete potenzialmente concorrenziale, l'*incumbent* è sempre titolare della rete che possiede il più alto numero di abbonati, assicura un maggiore effetto club e può, quindi contrattare l'interconnessione da una posizione di forza⁵⁷.

57 Va osservato che sull'ammontare dei costi di interconnessione esistono due orientamenti generali ed opposti, sui quali la stessa normativa comunitaria non ha preso una posizione chiara. Il primo è quello di fissare tariffe basse; in tal modo, i nuovi entranti si collegano più facilmente alla rete, e poiché possiedono propri abbonati, giovano indirettamente anche al primo gestore che vedrà aumentare il numero degli utenti. Peraltro, con una tariffa bassa, il nuovo entrante non avrà interesse a porsi in concorrenza con il primo gestore, non essendo indotto a spendere per potenziare la propria rete e per costruirne una migliore. Infatti, la tariffa bassa gli consente di utilizzare, con un costo modesto, le apparecchiature di rete già esistenti, offrendo servizi, anche sofisticati, senza incontrare particolari difficoltà. Il secondo orientamento, seguito in passato da alcuni ex-monopolisti, tra i quali anche Telecom, è quello di "vendere cara la rete". In particolare, Telecom divise la propria rete in 66 punti di accesso, corrispondenti a 33 aree *gateway*. In tal modo, i gestori concorrenti invece di transitare liberamente sulla rete, dopo aver pagato il costo di un solo accesso; avrebbero dovuto agganciarsi contemporaneamente ai 33 *gateway*, sopportando un costo che, da un lato, consisteva in una somma extra da pagare a Telecom per ogni area, cui si aggiungeva la messa a punto di 33 centrali, vicine ai 33 punti di accesso, e tra loro collegate con fibre ottiche. E ciò provocò notevoli critiche da parte dei nuovi entranti.

A parte gli interventi dell'AGCOM, va osservato che se il costo dell'interconnessione o dell'accesso per l'offerta di servizi è elevato e comporta cospicui investimenti, i nuovi entranti dovranno cercare alleanze, potenziare la rete posseduta⁵⁸ o costruirne una nuova, al fine di offrire agli utenti i nuovi servizi. In tal modo, sul lungo periodo, Telecom potrebbe perdere clientela, non essendo più l'unico possessore di rete in grado di offrire servizi sofisticati⁵⁹.

L'affermazione di questi diversi orientamenti generali sulle reti è affidata agli Stati che godono di una certa elasticità. Essi debbono, però, fare i conti con la normativa europea. Va, infatti, osservato che poiché l'accesso alla rete e, soprattutto, l'interconnessione, sono fondamentali per l'instaurazione di un regime di libera concorrenza delle reti e sulle reti, sia la fissazione di un prezzo troppo basso, che quella di un prezzo troppo alto, ponendo, a breve o medio termine, problemi di concorrenza, sono

58 Come hanno fatto l'Ente nazionale idrocarburi (ENI), con Mediaset e la Banca nazionale del lavoro (Bnl), dando luogo ad Albacom; l'Ente nazionale energia elettrica (Enel), con France Tèlècom e Deutsche Telekom, dando luogo a Wind; Ferrovie dello Stato spa con Olivetti e Mannesmann, dando luogo ad Infostrada.

59 Una, sia pur moderata, perdita di clientela, comunque, già si verifica per la presenza di alcune imprese che, pur non possedendo reti e godendo solo dell'accesso, prendono in affitto una porzione di rete e sono in grado di offrire all'utente servizi (ad esempio, telefonate internazionali), ad un costo inferiore a quello praticato dall'ex monopolista. Cfr. D. GALLINO, *Il libro delle telecomunicazioni*, Roma, 1998, p. 98.

sottoposte alla normativa comunitaria⁶⁰. Questa ritiene una tariffa di accesso e di interconnessione troppo alta contraria alla costituzione europea, che ha sancito il divieto di frapporre ostacoli al regime di libera concorrenza delle imprese all'interno del mercato europeo. Tuttavia, la fissazione di una tariffa modesta si risolverebbe in una misura dannosa allo sviluppo del sistema concorrenziale. In merito, va tenuto presente che l'Unione europea, con due direttive (*Open network provision* e *Full competition*), ha affrontato il problema richiedendo l'apertura delle reti e, nel contempo, sottolineando l'opportunità che i nuovi operatori costruiscano proprie reti. In sostanza, ai nuovi entranti debbono essere offerte entrambe le opportunità, utilizzabili anche in tempi diversi⁶¹.

Va osservato che il problema della mancanza di una seconda rete nazionale, potrebbe essere risolto sfruttando parte delle fibre ottiche della rete costruita da Telecom con il denaro della collettività, e solo parzialmente utilizzata dall'ex monopolista. Se si consentisse lo sfruttamento di questa rete ai *new entrant*, questi potrebbero collegare gli utenti in tempi ragionevoli ad una seconda

60 Cfr. le osservazioni di F. BASSAN, *La riforma italiana delle telecomunicazioni: profili generali*, in *Diritto del commercio internazionale*, I, 1998, pp. 26 ss.

61 La scelta italiana ha imposto a Telecom, per la telefonia fissa, di fornire una lista di punti di interconnessione all'interno della quale ciascuno dei nuovi entranti fosse in grado di scegliere quelli ritenuti più convenienti.

rete. Per ottenere questo risultato, lo spazio vuoto della rete potrebbe essere considerato una *essential facility* per raggiungere gli utenti.

In conclusione, si passerà in rassegna, il nuovo quadro normativo, mettendo in risalto le ambivalenze nell'accesso e nell'interconnessione; inoltre, come in precedenza premesso, si analizzeranno gli effetti prodotti sul mercato degli obblighi imposti all'*incumbent*.

Nell'individuazione dei mercati rilevanti, va sottolineato l'influenza determinante delle Raccomandazioni della Commissione europea. La loro osservazione comporta, per un verso, una distinzione netta tra rete fissa e quelle mobili; per altro, inducono una forte disaggregazione orizzontale dei mercati, nei quali si distinguono i servizi intermedi oggetto delle offerte all'ingrosso *wholesale* e i servizi forniti agli utenti *retail*⁶².

Un secondo ordine di considerazioni prende ancora spunto dalla disaggregazione dei mercati all'ingrosso e, dall'osservazione che essa è disomogenea⁶³ per i servizi di rete fissa e per quelli di

62 A. GOVOSTO, *La definizione dei mercati rilevanti nella telefonia fissa*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, pp. 65 ss.

63 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *cit.*, pp. 136 ss.

rete mobile. L'indagine ha chiarito come nei primi si distingue la raccolta, la terminazione, il transito, le linee affittate, l'accesso disaggregato, l'accesso a banda larga; mentre nei secondi, i mercati rilevanti sono solo due: quello dell'accesso-raccolta e quello della terminazione. L'indicata disomogeneità tra fisso e mobile deriva da un'evenienza di ordine materiale. Le analisi compiute dall'Autorità chiariscono che mentre nel secondo settore c'è una concorrenza *facilities based*, nella misura in cui gli operatori che offrono servizi sostituti sono titolari di una rete propria; nel primo, la presenza di infrastrutture alternative è ancora in grado di limitare l'assoluta centralità della rete fissa detenuta dall'*incumbent*.

Questa differenza conforma due distinti tipi di regolazione.

Concentrandosi sulla rete fissa, la concorrenza è artificialmente generata grazie alla presenza di vincoli regolatori. L'aver permesso all'*incumbent* di mantenere un'organizzazione verticalmente integrata impone l'esigenza di impedirgli di servirsi del controllo sulla rete per ostacolare l'accesso al mercato di nuovi entranti, anche dopo l'elisione delle barriere legali⁶⁴. Questo

64 S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 54 ss.

obiettivo si realizza attraverso l'enucleazione di un mercato dei servizi intermedi o infrastrutturali distinto dai mercati dei servizi finali.

La regolazione opera una disaggregazione sul piano giuridico dell'impresa verticalmente integrata che controlla la rete pubblica. Tale impresa è naturalmente dominante nei singoli mercati dei servizi *wholesale* e, assoggettabile ad obblighi regolatori che inducono questa disaggregazione.

L'operatore *Smp* deve darsi un'organizzazione che tenga separate e distinte le divisioni operanti nell'ambito della rete da quelle che invece agiscono nei mercati *retail*. In ragione dell'obbligo di non discriminazione, le divisioni infrastrutturali dovranno applicare condizioni economiche e tecniche equivalenti sia alle divisioni commerciali della stessa impresa, sia ad altri operatori che richiedano servizi di accesso e interconnessione. Per evitare pratiche anticoncorrenziali, l'Autorità di regolazione può controllare i prezzi dei servizi intermedi, imponendo il vincolo del loro orientamento ai costi. L'obbligo di pubblicazione di un'offerta

adeguatamente dettagliata di interconnessione di riferimento OIR⁶⁵, che soggiace al potere di approvazione del Regolatore, è la sintesi del vincolo di trasparenza e orientamento al costo⁶⁶.

L'obiettivo dell'intervento pubblico è la promozione della concorrenza in un ambiente che se lasciato alla autoregolazione tenderebbe naturalmente al monopolio. La regolazione è, in questo caso asimmetrica. Anche nel nuovo quadro, ove il bersaglio della regolazione è indeterminato *a priori*, l'azione del Regolatore mira a bilanciare la posizione di Telecom Italia nei confronti di tutti gli altri contendenti.

Giunti a questo punto, occorre chiedersi se distinguere la nozione di accesso da quella di interconnessione produce implicazioni oppure se è utile solo ai fini conoscitivi, ma non involge conseguenze giuridicamente significative⁶⁷.

Nella rete fissa, la rete di accesso in rame, non è stata duplicata né sostituita da altre tecnologie *wireless*. Una regolazione

65 Su questo, anche se con riferimento al precedente quadro normativo, D. D'ANGELO, *La disaggregazione delle condizioni economiche nei servizi di interconnessione*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 197 ss.

66 Si cfr. M. CLARICH, G. F. CARTEI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica*, in R. PEREZ (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, pp. 1 ss.

67 Su questo, si v. R. PEREZ, *La negoziazione dell'interconnessione*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 169 ss.

asimmetrica dell'accesso c'è dunque nella rete fissa. La regolazione dell'interconnessione, in specie dei servizi di terminazione, vi è sia nel fisso che nel mobile. Essa è proporzionale o progressiva più che asimmetrica. È modulata in ragione della forza di mercato dell'operatore.

I problemi sono noti ma le soluzioni impiegano molto tempo a concretizzarsi. Da tali esitazioni traggono vantaggio le imprese *Smp* che all'inutile trascorrere di mesi o anni vedono crescere i loro extraprofitti.

4. Misure per la tutela della concorrenza

Come si è visto, gli interventi messi a punto dopo la liberalizzazione per instaurare la concorrenza sono stati di diverso tipo ed hanno investito differenti aspetti del settore delle telecomunicazioni (ingresso nel mercato, disciplina delle disuguaglianze attraverso asimmetrie e imposizioni di obblighi particolari nei confronti dell'operatore dominante). Tuttavia, la tutela della concorrenza ha richiesto all'AGCOM azioni puntuali per aprire la rete e consentirvi lo svolgimento dei servizi.

Queste azioni, considerato il loro rilievo saranno di seguito esaminate, mettendo in risalto, però, solo quelle relative alla rete fissa.

Va anche ricordato che gli interventi, in base alla normativa comunitaria e nazionale, debbono sempre obbedire a principi generali quali la trasparenza e la non discriminazione. Infine, essi devono assicurare che anche i diritti diversi da quelli concorrenziali trovino adeguata protezione.

Tra gli interventi volti all'apertura della rete, un posto di rilievo spetta alla *number portability*, di fondamentale importanza per affermare la concorrenza⁶⁸. Vi sono, poi, gli interventi che hanno ad oggetto le modalità di accesso alla rete (che consentono al *new entrant* di utilizzare la rete esistente per acquisire nuovi clienti), quali lo spaccettamento dell'ultimo miglio (o *unbundling* del *local loop*), la *carrier selection* e la *carrier preselection* e l'accesso al mercato delle linee affittate. Va considerato, infine, che per il mercato della rete fissa, ha acquistato particolare rilievo il riequilibrio delle tariffe, cioè la creazione delle condizioni economiche per un mercato veramente competitivo che si fondi su

⁶⁸ Come si è visto, la portabilità del numero è stata prevista dall'AGCOM anche per la rete mobile.

tariffe che non devono essere eccessivamente basse, ma neppure troppo elevate.

Nell'ambito del gruppo Telecom Italia, ci si interessa di analisi di mercato, in applicazione del nuovo quadro regolatorio comunitario⁶⁹.

Si sottolinea che uno degli aspetti più innovativi del nuovo quadro regolatorio consiste nel fatto di basare gli obblighi regolatori, su una rigorosa analisi di tipo economico sul grado di concorrenza effettiva nei diversi mercati.

Nella fase di rottura del monopolio era inevitabile che ci fosse una quantità notevole di obblighi di natura competitiva che servivano a smantellare la struttura del monopolio e a portare il settore verso una concorrenza effettiva. Questi obblighi, adesso, devono cominciare a diminuire per far spazio alla fase in cui, raggiunto un grado soddisfacente di concorrenza effettiva, dei diversi mercati delle telecomunicazioni, si passa da una

69 Per nuovo quadro regolatorio comunitario ci si riferisce alle innovazioni introdotte dal Codice delle comunicazioni elettroniche, entrato in vigore il 1° agosto 2003, con Decreto legislativo n. 259. Si veda, F. QUADRI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, pp. 27 ss.

regolamentazione *ex ante* ad un'analisi della concorrenza e un intervento *ex post*⁷⁰.

In passato, lo smantellamento dei monopoli nazionali pubblici è stato affidato alla direttiva *Open Network provision* (ONP). Sulla base di questa direttiva, si è operata una scelta di integrazione verticale, si è messa a punto una regolazione pervasiva, che ha favorito modelli vicini alla rivendita, se non esattamente rivendita. In questa, gli operatori alternativi all'ex monopolista acquistavano servizi intermedi dall'*incumbent* e li rivendevano al dettaglio.

Esaminiamo, adesso, i vantaggi dell'applicazione della direttiva ONP. La direttiva ha favorito un ingresso in massa di nuovi operatori, oggi ci sono 200 operai licenziatari; forse sono troppi, anche perché molti di questi sono operatori piccoli ed hanno un modello di *business* basato sull'esclusiva rivendita di traffico comprato ai costi dall'*incumbent*.

Inoltre, il sistema utilizzato ha sicuramente, portato una forte discesa dei prezzi dei servizi finali a tutela del consumatore. Dal 1° gennaio 1998 ad oggi si sono verificate cadute dei prezzi di circa il 40-50%. Per quanto riguarda, viceversa, gli elementi criticabili del

70 A. GAVOSTO, *La definizione dei mercati rilevanti nella telefonia fissa*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, pp. 66 ss.

vecchio quadro regolamentare, vi è stato, in passato, un grado di regolamentazione molto minuziosa e dettagliata, quasi invasiva, potremmo dire. Per questo motivo si sentì l'esigenza della rinnovazione.

La *1999 Review*, nasceva, proprio dai difetti della precedente regolazione e si fondava su una riduzione della regolamentazione *ex ante*. Il secondo caposaldo della *1999 Review* era quello di arrivare ad una completa contendibilità dei mercati. In pratica si garantiva un campo di gioco più piatto, un *pudding* come dicono gli anglosassoni, uguale per tutti⁷¹.

Attualmente, il gruppo Telecom Italia sta svolgendo una sua propria analisi di mercato. Questa analisi consente che la minuziosa lista dei mercati⁷² possa essere raggruppata in quattro *cluster* (dove per *cluster* s'intende la filiera), partendo dal mercato all'ingrosso per arrivare al mercato al dettaglio: uno è l'accesso, l'altro è quello

71 Per un approfondimento della tematica relativa alla direttiva in esame, si veda A. GAVOSTO, *La definizione dei mercati rilevanti nella telefonia fissa*, in *op. cit.*, pp. 66 ss.

72 La classificazione ora proposta è importante, perché questi mercati non possono essere considerati separatamente, ma devono essere visti in maniera integrata ed unitaria. Nel momento in cui si esamina il mercato all'ingrosso, non si esamina altro che un *input* produttivo al prodotto finale, che è quello che si rinviene nel mercato a valle, cioè in quello al dettaglio. Pertanto, se si dovesse riscrivere la lista dei mercati, ci si concentrerebbe, da economisti, a guardare al mercato finale, quello dove c'è la domanda, quello dove ci sono i consumatori, quindi l'accesso, i servizi e il mercato delle linee affittate, oltre che il mobile.

dei servizi di telefonia fissa, poi ci sono le linee affittate e, infine, il mobile.

In conclusione, si è di fronte ad un profondo cambiamento metodologico e di sostanza. Ovviamente, il giudizio sul *pudding* potrà essere dato solo successivamente.

4.1 *L'apertura dell'ultimo miglio*

Come è noto, la telefonia fissa consiste nella fornitura al pubblico, in tempo reale, del servizio di trasporto della voce da un punto all'altro della rete. In questo ampio significato, l'intera telefonia vocale doveva ritenersi liberalizzata a seguito della direttiva 96/19/CE, a partire dal 1° gennaio 1998⁷³. Questa liberalizzazione avrebbe consentito agli utenti di servirsi delle reti e dei servizi offerti, operando una scelta tra i diversi gestori attivi nel mercato.

⁷³ La direttiva, specifica, all'art. 1, che per telefonia vocale s'intende "la fornitura al pubblico del trasporto diretto e della commutazione della voce in tempo reale, in partenza e a destinazione dei punti terminali della rete pubblica commutata, che consente ad ogni utente di utilizzare l'attrezzatura collegata al suo punto terminale".

La possibilità di utilizzare la rete Telecom servendosi di un gestore diverso dall'ex monopolista introduce il discusso tema dello spaccettamento dell'ultimo miglio (o *unbundling* del *local loop*).

La storia dello spaccettamento dell'ultimo miglio è un *case study*, in grado di mostrare l'influenza che può essere esercitata dall'ex monopolista sul mercato, ai fini di rallentare la liberalizzazione.

Sotto il profilo tecnico, va chiarito che l'*unbundling* del *local loop* riguarda la possibilità di utilizzare liberamente l'ultimo tratto della rete, cioè il cavo con cui la rete si allaccia all'apparecchio telefonico dell'utente. Lo spaccettamento, una volta intervenuto, consente all'abbonato di collegarsi direttamente ad altri fornitori, senza l'intermediazione dell'ex monopolista.

L'accesso all'ultimo miglio può avvenire in due modi; utilizzando un cavo o fibre ottiche o un doppino di rame; via radio, attraverso un collegamento *wireless* (*wireless local loop*). Quest'ultimo sistema, che consente una connessione senza fili, permettendo di evitare ogni rapporto con l'*incumbent*, ha costi bassi. Peraltro, dovendo utilizzare l'etere, che è una risorsa scarsa, necessita di una licenza individuale nazionale che non sempre è

rilasciata rapidamente. Nell'ambito del collegamento *wireless*⁷⁴, sono stati individuati altri mezzi di entrata (come il laser e le microonde), anch'essi indipendenti dal consenso dell'*incumbent* e che consentono il collegamento all'ultimo tratto della rete, senza richiedere lo spaccettamento⁷⁵.

Il dibattito sullo spaccettamento dell'ultimo miglio ha riguardato la possibilità che questo debba rientrare tra i provvedimenti di liberalizzazione o che sia, viceversa, da considerare un intervento singolare, separato da quelli. Nel primo caso lo spaccettamento è configurabile come un intervento pro-concorrenziale che consente l'immediata entrata degli altri operatori sulla rete, senza nessun aggravio di costo. Inoltre, incluso nella

74 In via sperimentale, il *wireless* è già in funzione. Secondo una stima, con quattro o cinque ripetitori si potrebbe servire una città come Roma. Il traffico telefonico sarebbe materialmente affidato a piccole antenne del diametro di pochi centimetri che, tra i tetti dei condomini, potrebbero servire anche più utenti, producendo un inquinamento bassissimo, quanto quello di un cellulare. Come misura asimmetrica, l'AGCOM ha stabilito che il monopolista possa partecipare al bando di gara per ottenere una licenza *wireless*, ma potrà attivare il relativo servizio solo 4 anni dopo l'eventuale aggiudicazione. La decisione dell'AGCOM fa seguito ad un parere non vincolante dell'Antitrust con il quale si suggeriva di vietare a Telecom la partecipazione alla gara e, solo in alternativa, un'astensione di 5 anni per avviare il servizio. V. R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 216 ss.

75 Va osservato che prima della liberalizzazione e prima che si parlasse della possibilità di utilizzare queste nuove tecniche, ben 16 società avevano cercato un'intesa con Telecom per ottenere in affitto i doppini di rame, al fine di offrire sul mercato servizi diversificati. È stato previsto il servizio senza canone; il servizio con canone onnicomprensivo del traffico telefonico urbano. Il primo offerto da Infostrada, il secondo offerto da Aaxis. Infine, esiste un servizio che prevede l'annullamento del canone al raggiungimento di determinati picchi di traffico. La liberalizzazione dell'*unbundling*, attraverso le offerte di diversi pacchetti, anche completi di Internet e trasmissione dati, mostra il percorso della concorrenza. L'*unbundling* del local loop può comportare la richiesta di nuovi numeri di telefonia fissa e l'AGCOM, ha predisposto lo sfruttamento di una numerazione telefonica a undici cifre, con possibilità di utilizzare il numero 1 dopo il prefisso.

liberalizzazione, lo spaccettamento avrebbe dovuto investire tutti i *local loop*, consentendo ai nuovi entranti di fornire non solo il servizio di telefonia vocale in tutte le sue gamme, ma anche la connessione a Internet, la trasmissione di dati e i servizi multimediali interattivi.

Nella seconda ipotesi, che è quella risultata vincente, lo spaccettamento non rientrando nella liberalizzazione, andava disciplinato con provvedimenti singolari senza investire tutti i *local loop* esistenti sulla rete, ma solo quelli che, gradualmente fossero stati aperti da Telecom a mezzo di apposite convenzioni con i nuovi entranti. Con la conseguenza che i nuovi entranti, malgrado la liberalizzazione della rete fissa, per offrire agli utenti lo stesso servizio fornito dall'*incumbent*, hanno dovuto organizzare il passaggio dell'utente sulla rete dell'ex monopolista. Questo passaggio è avvenuto dopo un accordo finanziario con l'*incumbent*. Di fatto i nuovi operatori non sono stati messi, per tre anni, in condizioni di competere con Telecom. Anzi, il ritardo con cui è stato aperto questo segmento del mercato ha permesso a Telecom di mantenere, anche dopo la liberalizzazione, un mercato lucroso poiché l'ultimo miglio non liberalizzato ha consentito solo a questa

società di richiedere il pagamento del canone all'utente o meglio all'abbonato.

In direzione di uno spaccettamento del *local loop*, va menzionata la raccomandazione della Commissione europea del 26 aprile 2000.

In materia, è intervenuta, inoltre, in maniera specifica la direttiva 99/64/CE della Commissione con la quale è stato vietato agli Stati membri di far gestire rete telefonica e reti cablate dal medesimo soggetto. Questa direttiva è stata adottata per evitare che con il mantenimento della chiusura della rete locale, si consentisse al gestore di mantenere una posizione dominante.

L'Antitrust⁷⁶, ha affermato che il processo di *unbundling* integra un comportamento cui Telecom è tenuta in virtù di precisi obblighi di natura normativa, considerando l'insufficienza di infrastrutture di reti alternative a quelle che Telecom possiede.

Mettendo insieme i contenuti delle diverse direttive, la conclusione logica sembra essere una sola; che l'ingresso all'ultimo miglio, cioè al telefono fisso di casa, è stato liberalizzato e che il monopolio sul cavo è caduto per effetto della direttiva 95/51/CE o

76 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, in cit., p. 220.

fa parte della rete di telefonia vocale e deve considerarsi liberalizzato a partire dal 1° gennaio del 1998.

Viceversa l'accesso al telefono di casa ha cominciato ad essere liberalizzato a partire dal 2001. Con la conseguenza che, non rientrando nella liberalizzazione, l'ultimo miglio non è stato incluso nell'offerta di interconnessione, ma è stato considerato oggetto di accordo separato⁷⁷.

Ciò ha consentito a Telecom di indicare, accanto all'offerta di interconnessione, le condizioni finanziarie per l'accesso speciale alla rete. Naturalmente il richiamo doveva tenere conto di specifiche richieste, in modo che non vi fossero differenze o discriminazioni tra le modalità di accesso che Telecom offre a se stessa e quelle offerte ad altri operatori.

Il dibattito sullo spacchettamento dell'ultimo miglio si è allargato ai contenuti dell'interconnessione, al fine di chiarire se il primo potesse essere incluso nell'offerta di interconnessione.

In materia, Telecom, citando la direttiva 97/33/CE, art. 7, comma 3, ha sottolineato che la direttiva non prevedeva,

⁷⁷ Secondo Telecom, l'accesso al *local loop* è estraneo all'interconnessione. Si noti che la CE nell'offerta di interconnessione di riferimento, non ha previsto lo spacchettamento dell'ultimo miglio.

nell'offerta di interconnessione, lo spaccettamento dell'ultimo miglio.

Infine, ha osservato l'ex monopolista, nei paesi europei nei quali l'accesso al *local loop* è una realtà, l'apertura è stata regolata con una disciplina *ad hoc*, diversa da quella dell'interconnessione⁷⁸.

Si potrebbe, certo, controbattere a queste osservazioni che è la filosofia del libero mercato che sta dietro l'introduzione della concorrenza che si oppone alla concezione di Telecom, legittimando, non solo l'apertura dell'ultimo miglio al momento della liberalizzazione della telefonia fissa, ma anche, se necessario, l'inserimento dello spaccettamento nell'offerta di interconnessione⁷⁹.

Vi è, però, una argomentazione generale, utilizzata dall'ex monopolista per escludere il binomio spaccettamento/interconnessione, ed è che l'uso della rete periferica deve essere consentito a favore di organismi che hanno una struttura di rete in grado di mettere a disposizione degli utenti

78 In Danimarca l'accesso speciale alle reti si fonda su accordi separati da quelli dell'interconnessione e lo stesso avviene in Germania dove circa 300.000 utenti hanno già cambiato fornitore e in Gran Bretagna dove 28 operatori si stanno insediando in circa 700 siti aperti dall'ex monopolista British Telecom.

79 In Austria l'offerta di interconnessione non comporta lo spaccettamento dell'ultimo miglio. In Germania, viceversa, l'*unbundling* del *local loop* è incluso nell'interconnessione. l'accesso avviene sulla base di una tariffa determinata dall'Autorità di regolamentazione.

infrastrutture e servizi effettivamente diversi da quelli del gestore pubblico e a costi minori. Quindi, se l'organismo di telecomunicazioni non è in grado di fornire un servizio alternativo ed efficace, non può essergli consentito anche l'accesso al *local loop*⁸⁰. Questa argomentazione generale potrebbe essere seguita, ma rischia di annullare tutte le altre considerazioni svolte sull'*incumbent* perché se la professionalità e la capacità di fornire un efficace servizio alternativo esistono, l'*unbundling* del *local loop* avrebbe dovuto essere, comunque, operativo già da molto tempo.

L'AGCOM ha considerato lo spaccettamento parte dell'interconnessione, giungendo al punto di imporre a Telecom l'obbligo di garantire ai richiedenti l'accesso alla propria rete ad un livello periferico per la fornitura di qualunque servizio di telecomunicazioni.

La necessità di aprire l'ultimo miglio è stata presa in considerazione, all'interno della *Review 1999*, più volte menzionata, in base alla quale, l'*unbundling* del *local loop*, avrebbe dovuto essere operativo dal 31 dicembre 2000. Viceversa

80 Pur se questa affermazione potrebbe essere contraria al principio di non discriminazione.

l'operazione di spaccettamento ha avuto inizio solo a partire dal 2001, e molto lentamente⁸¹.

Sotto il profilo dell'interesse dell'utente, vi è da considerare un elemento pratico che gioca contro il successo dell'iniziativa, poiché l'abbonato che decida di staccarsi da Telecom per andare con un altro operatore è destinato a sparire, nel giro di un anno, dall'elenco telefonico urbano degli abbonati di Telecom, che è il più ricco dei nomi e di numeri. È vero che i nuovi entranti pensano di pubblicare un proprio elenco di utenti (che non sono più abbonati), ma questa iniziativa, che impone una doppia o tripla consultazione di elenchi per trovare il nominativo desiderato, potrebbe rappresentare, per l'abbonato, un freno al distacco da Telecom⁸². Successivamente, con l'emanazione del d.P.R. 77/01, fu prevista, ma mai attuata, la

81 Basti pensare, che Telecom Italia, nel 2001 disponeva ancora di 9500 "siti" (*local loop*) che gli consentivano il collegamento con il telefono fisso. Di questi siti, solo 500 vennero offerti e resi disponibili sul mercato entro i primi mesi del 2002 e altri mille siti furono resi disponibili nel periodo successivo. Le richieste fatte da Telecom (circa 12,5 euro) non erano alte rispetto alla media europea. Ma alle richieste di Telecom andava aggiunto il costo dell'infrastruttura per collegare una singola rete al doppino di rame o al cavo, che si aggirava sui 129.000 euro. Questo costo, e l'eccessiva "*softness*" della Commissione europea favorì il mantenimento di una posizione di privilegio per Telecom. Così, il tempo in cui gli utenti potranno rivolgersi direttamente ad un gestore alternativo, senza selezionare alcun prefisso, non è, poi, tanto prossimo. Notizie pubblicate su "Il Sole 24 Ore" del 24 marzo 2001.

82 Anche se i nuovi operatori decidessero di fare un unico elenco, questo sarebbe sempre meno ricco di quello di Telecom e costringerebbe, comunque, l'utente, ad una doppia consultazione.

pubblicazione di un unico elenco comprensivo degli abbonati alla telefonia fissa e di quelli alla telefonia mobile⁸³.

Va, infine, osservato che, malgrado il rilievo che l'*unbundling* del *local loop* riveste, esso non è in grado di risolvere tutti i problemi concorrenziali, molti dei quali derivano dalla presenza di una sola rete a carattere nazionale e dal costo per accedervi.

4.2 La *carrier selection* e la *carrier preselection*

Come si è detto, la liberalizzazione dell'ultimo miglio è tema che riguarda l'accesso alla rete locale, cioè al telefono di casa. Senza questa liberalizzazione, l'accesso può assumere due forme: la *carrier selection* e la *carrier preselection*. Entrambe riguardano i rapporti utente/nuovo gestore. Queste due forme di accesso alla rete sono diventate obsolete per effetto dell'affermazione dello spaccettamento dell'ultimo miglio, ma anch'esse, come l'*unbundling*, sono emblematiche della resistenza che l'*incumbent* ha opposto all'apertura della rete.

⁸³ La soluzione corretta sotto il profilo concorrenziale, sarebbe quella che l'elenco urbano registrasse tutti i nominativi di utenti e abbonati comunque allacciati ad una rete e in questa direzione si sta muovendo l'AGCOM.

La *carrier selection*, è una modalità più di uscita che di accesso alla rete; essa può essere esercitata solo se la rete è aperta, cioè sono state dettate regole per aprirla, e consente ad un utente di scegliere, digitando un codice speciale, un operatore nazionale o internazionale diverso da quello con cui ha sottoscritto il contratto per l'utilizzazione della rete. Le ragioni di questa scelta sono motivate dalla circostanza che il nuovo operatore fornisce un servizio migliore ed a prezzi più bassi di quelli praticati dall'*incumbent*.

Al momento dello spaccettamento esistevano tre modalità di uscita dalla rete.

La *carrier selection*, può essere fornita in *easy access* o *equal access*. Nel primo caso, l'utente seleziona il vettore al momento della chiamata, digitando un codice; nel secondo, l'utente, sempre digitando un codice, preseleziona in modo permanente il vettore. L'assegnazione della numerazione spetta all'AGCOM.

La *carrier preselection*, entrata in funzione dal 1° gennaio del 2000, offre qualche cosa in più rispetto alla *carrier selection*, poiché consente al fornitore del servizio di instradare automaticamente le chiamate urbane, interurbane e internazionali di

un cliente verso il vettore scelto dall'utente. Quest'ultimo non deve digitare codici speciali per selezionare il vettore prima di ogni chiamata⁸⁴. La comunicazione che l'utente intende servirsi di un operatore diverso può essere data al gestore della rete sia dall'utente stesso, sia dall'operatore preselezionato⁸⁵.

La messa a punto della *carrier selection* e della *carrier preselection* ha presentato diverse difficoltà. Soprattutto perché Telecom non si attenne ai contenuti della delibera AGCOM n. 3/CIR/99 che ha recepito la direttiva 97/33/CE.

In base alla normativa, i servizi di *carrier selection* e della *carrier preselection* avrebbero dovuto essere resi disponibili, da parte degli organismi notificati come aventi notevole forza di mercato, entro il 1° gennaio del 2000.

Quanto ai tempi, il termine entro il quale l'operatore di accesso doveva attivare la *preselection* sulla linea dell'utente era in media di circa 10 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta. Questi

84 L'AGCOM si è occupata anche dei servizi di interconnessione finalizzati all'offerta di prestazioni di *carrier preselection* e di *service provider portability*. Il riassetto delle tariffe telefoniche era stato avviato dall'AGCOM che ha cercato di individuare le modalità di finanziamento del deficit dell'accesso, cioè la differenza tra i costi della messa a punto e della gestione delle infrastrutture e i relativi ricavi (canoni e contributi). Questo finanziamento può avvenire attraverso tre modalità. Attraverso *l'access deficit contribution* che fissa le quote di contribuzione gravanti sugli utilizzatori della rete. Attraverso lo scorporo dal deficit sull'accesso dei costi del servizio universale. Attraverso una somma algebrica tra costi e ricavi dell'accesso, incluso, ovviamente, il costo del servizio e del servizio universale.

85 R. GIARDA, *Carrier preselection*, in *Beltel*, II, 2000, pp. 79 ss.

termini sono stati recepiti dalla delibera dell'AGCOM n. 3/CIR/99.

Con questa delibera, l'Autorità, considerata la necessità di promuovere condizioni eque, non discriminatorie, trasparenti e obiettive per consentire la fornitura del servizio di *carrier preselection* dal 1° gennaio 2000, approvò la disciplina concernente la fornitura della *carrier selection equal access* in modalità di *carrier preselection*⁸⁶.

L'AGCOM dispose che gli organismi notificati come aventi notevole forza di mercato fossero tenuti a pubblicare nell'offerta di riferimento le condizioni tecnico economiche relative alla prestazione di preselezione, entro 30 giorni dall'entrata in vigore del provvedimento.

In tema di *carrier preselection* si distingueva un periodo transitorio (dal 1° gennaio 2000 al 30 giugno 2000) e un periodo a regime, dal 1° luglio 2000 in poi.

Queste indicazioni, tuttavia, non sono state seguite allorché Telecom ha presentato il suo listino. In primo luogo, Telecom ha ritardato l'apertura della rete e l'inizio del servizio⁸⁷. In secondo

⁸⁶ In tema, cfr. R. GIARDA, *Carrier preselection*, in *cit.*, pp. 79 ss.

⁸⁷ Cfr. le osservazioni di E. GALLO, G. NAVA, *La carrier preselection di Telecom Italia*, in *Beltel*, III, 2000, pp. 91 ss. La maggior parte degli operatori ha lamentato che i tempi di attivazione del servizio sono eccessivamente lunghi.

luogo, ha dichiarato che, anche a regime, era in grado di soddisfare solo 6000 richieste giornaliere. In ordine ai tempi di attivazione, sono stati ritenuti sufficienti da Telecom solo per le utenze residenziali, mentre per i centralini medio/piccoli ha richiesto 15 giorni, lasciando indeterminati i tempi di attivazione per gli impianti più complessi.

Queste vicende mostrarono la difficoltà di dialogare con l'ex monopolista il quale aveva ancora potere decisionale in materia di passaggio sulla rete e poteva ritardarne l'accesso, anche adducendo difficoltà tecniche.

4.3 Le linee affittate

Nell'ambito dell'uso della rete, un rilievo particolare ai fini concorrenziali può essere svolto dal mercato delle linee affittate, considerato il suo valore finanziario.

Le linee affittate hanno ad oggetto l'utilizzo da parte degli operatori di una porzione della rete fissa, non per acquistare traffico all'ingrosso, rivendendolo al minuto, ma per collegare tra loro due o più sedi di un solo utente. Gli operatori delle linee affittate non sono

reseller e l'uso delle linee dà luogo ad un mercato di beni intermedi di cui va affermato il carattere di essenzialità per realizzare l'accesso alla clientela finale, per la fornitura di servizi di telecomunicazioni a gruppi chiusi di utenti⁸⁸.

Nell'ambito delle linee affittate all'ingrosso l'AGCOM, ha verificato le differenze tra i segmenti terminali e le linee su circuiti interurbani, concludendo che esse giustificano l'identificazione di due distinti mercati rilevanti da regolare⁸⁹.

Il servizio di linee affittate consente di collegare due o più punti garantendo una capacità di trasmissione trasparente, non condivisa con altri utenti e utilizzabile dall'utente per fini diversi, in base alla propria necessità. Una linea affittata è un collegamento punto-punto a banda costante, a costanza di ritardo trasmissivo e con garanzia di elevati livelli di servizio⁹⁰.

Questo mercato è caratterizzato da una situazione di sostanziale monopolio da parte di Telecom che ne controlla una

88 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in cit., p. 229.

89 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in cit., pp. 123 ss.

90 La domanda di questa tipologia di servizi proviene sia dai clienti finali, sia da altri organismi di telecomunicazioni. I primi essenzialmente sono grandi aziende multi sede. I secondi, invece, sono altri operatori di rete fissa e mobile, oltre che *Internet Service Providers*, i quali utilizzano le linee affittate come *input* per l'offerta dei servizi tanto nei mercati all'ingrosso che al dettaglio, cioè che possono comprendere, ma senza limitarsi, la fornitura di linee affittate *retail*. AGCOM, del. 153/05/CONS, all. B, pt. 35-36.

quota di poco inferiore al 100 per cento. La situazione ora descritta rappresenta un ostacolo al pieno sviluppo della concorrenza perché impedisce agli organismi di telecomunicazioni l'accesso all'utente finale che, per ottenere una linea affittata è costretto a rivolgersi all'*incumbent* e a sottostare alle condizioni da questo praticate.

Per tale motivo, gli operatori che gestiscono le linee hanno chiesto all'AGCOM una consistente riduzione dei listini all'ingrosso, attualmente al disopra della media europea⁹¹.

In sede nazionale, l'AGCOM è intervenuta gradualmente per l'apertura del mercato delle linee affittate. Un primo intervento dell'Autorità ha riguardato la suddivisione del mercato in due segmenti: quello delle linee utilizzabili per servizi a breve distanza (circuiti fino a 5 km) e quello delle linee utilizzabili per servizi a lunga distanza, *backbone*, che sono circuiti interurbani correnti lungo la dorsale nazionale.

Ciò in quanto, mentre per i circuiti interurbani e nazionali il numero di imprese che possono intervenire sul mercato delle linee affittate è scarso, poiché, per offrire il servizio, necessita una rete,

91 Per l'AGCOM è difficile calcolare quanto l'operatore storico guadagna dalle linee affittate perché l'ex monopolista non ha mai fornito dati precisi su questa attività commerciale, non avendo mai presentato una contabilità disaggregata.

estesa potenzialmente a tutto il territorio, il circuito urbano è certamente più appetibile per gli operatori e può soddisfare un maggior numero di richieste, rappresentando una risorsa essenziale al fine dello sviluppo della concorrenza in ambito locale. Dobbiamo appuntare però, che questo sistema di suddivisione del mercato sulla base dell'estensione geografica è stato definitivamente messo da parte.

L'AGCOM deve confermare la distinzione tra segmenti terminali di circuiti affittati *terminating segments* e interurbani componenti della rete di trasporto di lunga distanza, o *trunk segments*, modificare eventualmente la definizione dei mercati in ragione del prodotto e poi definire la dimensione geografica⁹².

L'analisi, basata sui caratteri topologici della rete Telecom, ha evidenziato che i mercati *trunk* e *terminating* riguardano parti differenti della rete. Essi rappresentano *input* intermedi complementari per la fornitura al dettaglio di capacità dedicata per quegli operatori che non dispongono di una infrastruttura proprietaria in grado di collegare tutte le sedi del cliente finale.

92 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in cit., p. 124.

Il mercato *terminating* del prodotto va distinto dal mercato degli altri servizi dati, ed in particolare, da quello dei servizi condivisi simmetrici ed asimmetrici e deve essere articolato in base alle diverse capacità, esistendo un unico mercato per tutte le capacità offerte. Del pari, anche il mercato *trunk* del prodotto non va segmentato in più mercati in base alla capacità.

Conclusivamente, l'Autorità ritiene che il mercato delle linee affittate all'ingrosso sia distinguibile in un segmento *trunk* e uno *terminating*, ma che non sia opportuno distinguere ulteriormente in base alla capacità o, come abbiamo detto, ad una estensione geografica sub-nazionale.

L'AGCOM propone che l'unica impresa *Smp*, Telecom Italia, soggiaccia ad obblighi di accesso a determinate risorse di rete. Il Regolatore individua minutamente tali obblighi. Essi si caratterizzano per un'elevata tecnicità.

Per un verso, si dispone che la fornitura di segmenti di terminazione da parte di Telecom Italia deve includere la consegna del circuito all'operatore richiedente ad un nodo RED di secondo livello presente nel bacino trasmissivo regionale relativo al punto terminale di rete ovvero, ad uno qualsiasi dei RED di livello

inferiore nel medesimo bacino regionale. L'operatore richiedente per poter raccogliere il segmento *terminating* richiesto dovrà interconnettere la propria rete al nodo di consegna prescelto; a tal fine Telecom Italia deve rendere accessibile il servizio di flusso di interconnessione già previsto per l'interconnessione alla rete telefonica pubblica. Per altro verso, la fornitura di segmenti *trunk* da parte di Telecom Italia deve garantire che un operatore possa trasportare il traffico relativo ad un dato bacino trasmissivo regionale convogliato presso un nodo RED di secondo livello di Telecom Italia fino ad un altro nodo RED, sempre di secondo livello e sempre di Telecom Italia relativo ad un differente bacino regionale. L'operatore richiedente per poter utilizzare il servizio *trunk* deve poter interconnettere la propria rete ad entrambi i nodi di Telecom Italia⁹³.

La materia delle linee affittate è stata successivamente disciplinata in modo che l'AGCOM oggi esercita diversi poteri in materia di condizioni di accesso e di controlli in caso di rifiuto di fornire una linea affittata⁹⁴.

93 L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *cit.*, pp. 126-127.

94 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, p. 231.

4.4 *La portabilità del numero e il riordino della numerazione*

Tra le iniziative introdotte per ampliare la concorrenza sulla rete va considerata la portabilità del numero di telefono attribuito all'abbonato dall'*incumbent* al momento della sottoscrizione del contratto di utenza, per garantire la raggiungibilità dell'abbonato e quella degli altri utenti collegati alla rete. Stante questa sua funzione, il numero telefonico è un valore che è anche valutabile economicamente. Ne consegue che il numero, una volta attribuito non deve essere cambiato, se non per comprovate ragioni tecniche, previo preavviso all'abbonato, e con l'obbligo di fornire un servizio di informazione gratuito per i chiamanti, per un congruo periodo di tempo⁹⁵.

Per rendere più facile il godimento del diritto alla raggiungibilità, ogni abbonato viene inserito nell'elenco degli abbonati della rete urbana, pubblicato annualmente da Telecom. Naturalmente, l'abbonato può scegliere se essere o meno incluso nell'elenco, chiedendo l'applicazione delle norme in materia di

95 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 231 ss.

protezione dati e della vita privata; inoltre, gli elenchi degli abbonati devono essere facilmente disponibili⁹⁶.

L'importanza della portabilità del numero è emersa nel momento in cui è stato possibile a diversi operatori offrire agli utenti della rete fissa, a tariffe inferiori, gli stessi servizi offerti da Telecom ovvero una gamma maggiore di servizi anche differenziati. A questo punto si è messa in evidenza la convenienza, per l'utente, del cambio della rete e si è sottolineato come la *number portability* sia una misura fondamentale per favorirla.

Infatti, la portabilità del numero consente all'utente che ne faccia richiesta di conservare il proprio numero telefonico, indipendentemente dall'operatore che fornisce il servizio. E se l'utente potrà conservare il proprio numero telefonico⁹⁷, non sarà restio a cambiare gestore di rete.

Tuttavia, malgrado l'AGCOM abbia previsto che la portabilità del numero debba essere fornita da tutti gli operatori, e nei confronti di tutti gli operatori di fatto, il ritardo della sua introduzione ha

96 Si è precisato che le informazioni contenute negli elenchi rappresentano uno strumento essenziale per l'accesso ai servizi telefonici e gli Stati possono includere nelle licenze individuali e nelle autorizzazioni generali obblighi di fornitura a tutto il pubblico di informazioni relative agli elenchi.

97 Alcuni server si sono offerti di pagare loro l'abbonamento e di offrire con continuità i propri servizi senza imporre alcuna forma fissa di pagamento.

indotto la Commissione europea ad aprire, nei confronti dell'Italia, una procedura per infrazione⁹⁸.

Naturalmente, la *number portability* sarebbe più praticabile dagli abbonati se fosse risolto il problema della loro reperibilità nell'elenco telefonico urbano⁹⁹. Invece, chi esce dalla rete principale finché non sarà pubblicato l'elenco generale, dovrebbe uscire dopo un anno dall'elenco. Verrebbe meno uno degli effetti più importanti, l'effetto club, che la rete telefonica pubblica garantisce ai propri abbonati¹⁰⁰.

Al momento del recepimento delle direttive 97/51/CE e 98/10/CE con d.P.R. 77/01, è stato previsto: che gli abbonati abbiano il diritto di essere inseriti negli elenchi telefonici a disposizione del pubblico e di esserne, a richiesta, cancellati; che gli elenchi di tutti gli abbonati alla telefonia fissa e a quella mobile, siano messi a disposizione del pubblico; che un servizio informazioni dell'elenco abbonati sia a disposizione degli utenti; che l'Autorità vigili sulla tutela di questi diritti (art. 20).

98 La portabilità del numero non significa solo il suo mantenimento, pur cambiando quartiere, essa ha un peso, ai fini concorrenziali, se è operante anche con un operatore diverso.

99 Attualmente, il mantenimento del numero è consentito solo per il cambio di gestore mantenendo lo stesso tipo di servizio, ma non è previsto il mantenimento del numero nel caso di mutamento del servizio.

100 A meno di non imporre, come misura pro concorrenziale l'obbligo di scrivere negli elenchi telefonici urbani i nominativi di tutti coloro che possiedono un telefono fisso, indipendentemente dalla rete utilizzata.

Mentre il cambio di gestione nella telefonia fissa è considerato una misura pro concorrenziale e la *number portability* è in funzione propedeutica a questa misura, analoga funzione pro concorrenziale non si ravvisa nella portabilità del numero mobile. Anche perché la possibilità di cambiare gestore già esiste per la telefonia mobile, ed è operazione semplicissima pur se non legata al mantenimento del numero.

Tornando alla *mobile number portability*, non essendo prevista da alcuna normativa essa non andrebbe disciplinata dai pubblici poteri, piuttosto dovrebbe fondarsi su accordi tra gli interessati, raggiunti evidentemente su base economica, sui quali l'AGCOM potrebbe esercitare la propria vigilanza. L'Autorità è intervenuta successivamente in materia, disciplinando un graduale avvio del servizio, prevedendo per il cellulare, in caso di cambio di gestore, anche se utilizza carte prepagate, il mantenimento non solo del numero, ma anche del prefisso, senza pagamento di penalità¹⁰¹.

Un altro aspetto di grande importanza ai fini concorrenziali sul quale è intervenuta l'AGCOM riguarda il piano di numerazione telefonica. Infatti il numero telefonico è anche una risorsa scarsa

101 I costi tecnici e amministrativi verranno sostenuti dal nuovo gestore e l'unico numero da modificare sarà il codice segreto.

tanto che la normativa comunitaria al fine di tutelare il consumatore, ha imposto agli Stati di eliminare tale scarsità, garantendo la disponibilità di numerazioni in grado di soddisfare tutte le esigenze, soprattutto degli operatori, tenuto conto del valore commerciale di talune combinazioni di numeri, di codici e di prefissi che consentono di fornire particolari tipi di servizi, tra i quali anche la parità di accesso. Come risorsa scarsa, il numero è concesso dai pubblici poteri agli operatori e da questi attribuito agli utenti.

L'AGCOM è intervenuta in materia di riordino della numerazione, mettendo a punto un piano per attivare la disponibilità di una maggiore quantità di numeri sia sulla telefonia mobile che su quella fissa¹⁰².

Il primo atto di questo piano è stato la soppressione dello zero del prefisso della telefonia mobile, in modo tale che tutti i numeri cominceranno con tre. Con questa modificazione, si è provveduto a far chiarezza tra i numeri Gsm e quelli di teleselezione che riguardano la telefonia fissa. In passato, infatti, i numeri in teleselezione con prefisso iniziale “zero tre”, potevano sempre

102 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, p 237.

essere confusi con il numero di un cellulare. D'ora in avanti, viceversa, si avrà la certezza che un numero che inizia con lo zero riguarda la telefonia fissa, il doppio zero servirà per le chiamate internazionali, i numeri telefonici che inizieranno con il sette saranno destinati al servizio Internet, mentre il numero uno servirà a distinguere i servizi speciali (servizi di emergenza e di pubblica utilità). Il numero otto continuerà ad essere utilizzato per i numeri verdi.

L'intervento dell'AGCOM non ha dissipato, comunque tutti i dubbi sulla numerazione, soprattutto quelli relativi al costo delle chiamate. Infatti, con il numero uno inizieranno sia i numeri di emergenza, che sono gratuiti, sia quelli relativi ad alcune chiamate, che sono, viceversa, molto costose (ad esempio, la richiesta dell'ora esatta).

4.5 Gli interventi sulle tariffe e sui prezzi della telefonia fissa: il price cap

Il tema dei prezzi delle telecomunicazioni è un tema che interessa le imprese e gli utenti.

Esso investe la telefonia fissa e, in misura minore, quella mobile.

Va preliminarmente precisato che l'esame della determinazione dei prezzi dei servizi è di fondamentale importanza per valutare il grado di concorrenzialità di un mercato. In un mercato concorrenziale i prezzi dovrebbero determinarsi liberamente, sulla base della legge dell'offerta più conveniente. E questo è quanto affermato dalla legge 249/97 art. 4, comma 9. Infatti, con la liberalizzazione, non è più possibile, per gli Stati membri, seguire, nel settore delle telecomunicazioni, la strada dei prezzi amministrati. Tuttavia, nel mercato della telefonia fissa vi sono almeno tre fattori che hanno ostacolato la libera determinazione dei prezzi per la maggior parte dei servizi¹⁰³.

Il primo è rappresentato dalla mancanza di reti concorrenziali. La telefonia fissa è dominata da un *incumbent*, con la conseguenza che questo, se lasciato libero, potrebbe spingere i prezzi verso l'alto. Per questo motivo, il d.P.R. 318/97 prevedeva che gli operatori con notevole forza di mercato osservassero i principi dell'orientamento ai costi, quelli di trasparenza che sono propri

103 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 238 ss.

dell'offerta di servizi pubblici e quelli stabiliti per la disciplina dei servizi di pubblica utilità.

Il secondo fattore è rappresentato dalla circostanza che, costituendo le telecomunicazioni attività di preminente interesse generale, si è sempre affermato che è essenziale che il servizio, a tutela delle classi meno abbienti, sia svolto anche in settori che, non essendo remunerativi, non sarebbero investiti dalla concorrenza.

Tuttavia, l'erogazione del servizio in aree non economiche, obbedendo a fini di pubblico interesse, va o incentivata direttamente dai pubblici poteri o pagata dalla collettività o pagata da coloro che usufruiscono della rete. E ciò comporta, comunque, un intervento dei pubblici poteri.

Anche il terzo fattore è legato al carattere di preminente interesse generale del servizio. Infatti da questa qualifica discende che i prezzi delle telecomunicazioni debbono essere trasparenti¹⁰⁴. Lo squilibrio tariffario è generato dal fatto che alcuni servizi sono forniti dall'operatore dominante ad un prezzo superiore al loro costo, per compensare altri costi che l'operatore affronta, non

104 I prezzi di Telecom, in quanto organismo con notevole forza di mercato, devono essere orientati ai costi reali. Tuttavia, poiché nei prezzi praticati da Telecom sulla rete fissa è esistito ed esiste tuttora uno squilibrio tariffario, occorre vigilare perché la trasparenza richiesta dalla norme sia rispettata anche nel momento in cui si ribilanciano le tariffe.

sempre controbilanciati dall'importo del canone di abbonamento introitato.

Ne consegue che, senza ribilanciamento, un qualunque operatore potrebbe ottenere, entrando nel mercato, ampi guadagni. Questa situazione ha spinto la stessa Telecom a richiedere un riequilibrio attraverso la riduzione delle singole tariffe. Peraltro, la riduzione delle tariffe non deve neppure essere tanto consistente da impedire l'entrata e la permanenza dei nuovi operatori sul mercato. Entro questi due poli si devono prospettare le condizioni economiche dell'offerta comprensive *dell'access deficit contribution*, che Telecom attribuisce al basso livello del canone.

Come si può notare, la normativa, a proposito della individuazione e redistribuzione dei costi fa riferimento a tariffe.

Sotto il profilo generale, quando il prezzo di un bene o di una prestazione oggetto di scambio non è lasciato alla libera disponibilità delle parti (ai sensi dell'art. 1473 ss. cc), la sua determinazione può avvenire o attraverso un'imposizione

d'autorità¹⁰⁵, e si avrebbe in tal caso un prezzo imposto, o attraverso l'esercizio della potestà tariffaria.

Ciò che caratterizza quest'ultima è il fine sociale del servizio su cui interviene. I costi del servizio sono pagati dai pubblici poteri nella forma di incentivi, di ripianamento del bilancio del gestore, di accollo della differenza tra prezzo politico e costo del servizio¹⁰⁶.

Va osservato che, in relazione alle specifiche debolezze del mercato delle telecomunicazioni, pur in presenza di una sua liberalizzazione, i prezzi della telefonia fissa sono stati sottoposti a sorveglianza da parte dell'organo regolatore. Per cui l'interrogativo che si pone non è stabilire se i prezzi debbano essere sorvegliati, ma quando. Se, cioè, sia sufficiente una verifica *ex post* o sia necessario un intervento *ex ante*.

105 A. AMORTH, voce *Prezzi* (dir. Amm.), in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 431 ss. in materia di disciplina dei prezzi dei servizi di pubblica utilità, si ricorda che, ai sensi della delibera del CIPE del 24 aprile 1996, "Linee guida per i servizi di pubblica utilità", la regolazione è effettuata dalle amministrazioni competenti attraverso la stipula di contratti di programma, con i quali si stabiliscono i criteri di determinazione delle tariffe, ricorrendo all'applicazione di un *price cap*, della durata non inferiore a tre anni. Questi contenuti sono stati in parte superati dalla successive delibere AGCOM. G. SANVITI, voce *Prezzi e tariffe*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, pp. 511 ss, secondo il quale, l'impiego di strumenti autoritativi, potrebbe essere discorsivo delle regole di mercato.

106 È stato sostenuto che la tariffa serve a compensare il costo dei servizi pubblici in deficit, indipendentemente dalla frequenza del loro utilizzo da parte degli utenti. Nelle telecomunicazioni la tariffa cui fa riferimento il legislatore serve a designare un importo per il finanziamento di un servizio ottenuto attraverso una distribuzione dell'onere tra soggetti pubblici o privati che vogliono trarre vantaggi economici dal mercato.

La normativa nazionale ha privilegiato il controllo preventivo dei prezzi. Questo impone alle imprese obblighi di comunicazione dei costi sostenuti o delle variazioni delle offerte all'AGCOM. Naturalmente il controllo preventivo presuppone una corretta informazione all'Autorità, sulle offerte dei servizi e sul loro costo.

Di fatto, non sempre gli obblighi di comunicazione sono stati adempiuti dall'*incumbent* in maniera corretta¹⁰⁷.

Conseguentemente, anche il controllo preventivo ha prodotto effetti ridotti, comportando, poi, l'esercizio di un controllo successivo sull'attività.

Come è noto, mentre il controllo preventivo può pervenire il compimento di un'attività non consentita, il controllo successivo potrebbe solo sanzionarlo. E i vantaggi finanziari che Telecom deriverebbe dal compimento di attività non consentite¹⁰⁸, protratti per un certo lasso di tempo, è senz'altro superiore al costo della sanzione che la stessa dovrebbe pagare per averle realizzate.

Si deve notare che laddove l'Autorità è intervenuta successivamente (nei casi in cui Telecom non aveva adempiuto agli

107 Ad esempio, Telecom ha ritenuto di escludere dall'obbligo di comunicazione le offerte personalizzate, facendo rientrare, però, tra queste anche offerte che, pur non essendo personalizzate, hanno una diffusione limitata.

103 E che possono dare luogo ad abusi di posizione dominante.

obblighi di comunicazione), si sono verificate situazioni di confusione sul mercato, tanto che l'Autorità è stata costretta, prima a sospendere il servizio e poi a ripristinarlo, il tutto nell'ignoranza dell'utente costretto ad aderire ad un'offerta illegittima.

Poiché la libera determinazione dei prezzi è ostacolata dai fattori sopra indicati, la competenza in tema di tariffe delle telecomunicazioni è stata affidata all'AGCOM che, acquisite le conoscenze necessarie, ha agito attraverso il metodo del *price-cap*, “inteso come limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale”, determinando le tariffe in vista di consentire il loro passaggio al prezzo¹⁰⁹. Questi prezzi sono sorvegliati dall'Autorità e sono annualmente modificabili secondo una procedura che tiene conto delle proposte di aggiornamento da parte dei soggetti esercenti il servizio, in vista del ripiano del bilancio di Telecom e, nel contempo, del recupero di efficienza e produttività da parte dell'operatore.

109 Questo passaggio è avvenuto il 1° agosto 1999, cfr. E. CHELI, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: bilancio di un'esperienza recente*, in *Regolazione e concorrenza*, I, 1999, pp. 147 ss.

Il sistema del *price cap* è stato introdotto nel luglio del 1999¹¹⁰ ed ha comportato una consistente riduzione delle tariffe delle chiamate internazionali e di lunga distanza, mentre quelle locali sono rimaste invariate.

La determinazione del *price cap* e la vigilanza sulle tariffe sono attività strumentali per consentire all'Autorità di assicurare condizioni di effettiva concorrenza. Ne deriva che la vigilanza sulle tariffe si inserisce in un campo di azione più vasto che riguarda la verifica della trasparenza della determinazione dei prezzi, il loro orientamento ai costi, l'efficienza, la permanenza dei nuovi organismi sul mercato e la tutela dei consumatori.

I servizi di telecomunicazioni possono essere suddivisi in quattro gruppi: quelli sottoposti al criterio del *price cap* (canone di abbonamento, telefonia urbana, interurbana, internazionale); quelli sottoposti al criterio dell'orientamento del costo e all'obbligo di separazione contabile (interconnessione, accesso speciale); quelli sottoposti al criterio del prezzo abbordabile (in base alla disciplina del servizio universale); quelli a valore aggiunto (numeri verdi,

110 Fondato su un sistema che, a partire dall'ammontare della tariffa di un certo anno di riferimento, individua, anno per anno, l'aumento che questa dovrebbe subire sulla base dell'inflazione, diminuito di un coefficiente x che rappresenta i margini di miglioramento in termini di efficienza.

numeri utili), che operano in un mercato pienamente concorrenziale. I primi tre gruppi di servizi hanno prezzi regolamentati che debbono ottenere l'approvazione dell'AGCOM, l'ultimo gruppo è, viceversa, libero.

Va osservato che la determinazione del *price cap* non è semplice perché i prezzi vanno determinati in base ai costi dei servizi delle telecomunicazioni, ma i costi non sono, ancora oggi, individuabili sulla base di elementi oggettivi e trasparenti.

La difficoltà deriva da un triplice ordini di motivi. Primo, i costi dei servizi non sono fissi, ma decrescenti sulla base dell'aumento del traffico. Una seconda difficoltà discende dalla circostanza che alla determinazione di tutti i costi concorre anche colui che ha rivestito per molti anni la posizione di monopolista, che è il destinatario della decisione finale e che gode di momenti di discrezionalità. In terzo luogo, va menzionata la ragione già nota che sul costo della rete influisce anche il costo del servizio universale.

Occorre sottolineare che se il costo del servizio offerto è inversamente proporzionale al ritmo di traffico, la determinazione dei prezzi dipende anche dal grado di efficienza dell'*incumbent*. Si

mette, così, in evidenza che il deficit d'accesso non sempre è un fatto oggettivo e matematico.

Poiché il deficit di accesso deve essere verificato da un organismo, pubblico o privato, autonomo dall'AGCOM, gli elementi di cattiva gestione, se ve ne sono, dovranno essere messi in evidenza da questo organismo, in modo tale che l'organo regolatore possa distribuire l'eventuale differenza negativa tra coloro che utilizzano la rete¹¹¹.

Il ruolo dell'*incumbent* è ancora più importante nella seconda ipotesi prospettata. Alla individuazione del deficit di accesso e alla messa appunto di interventi di riequilibrio, concorre anche l'ex monopolista¹¹² in modo diretto.

Se si dovesse valutare i risultati ottenuti con l'adozione della procedura che prevede l'intervento della società esperta, in grado di valutare il deficit di accesso ai fini della determinazione del *price*

111 Dunque, non è sufficiente accertare l'esistenza del deficit d'accesso, occorre anche determinare le cause. Accertare se esse derivano da elementi obiettivi (ad esempio, costi del servizio universale) o da elementi soggettivi (cattiva gestione dell'ex monopolista). Cfr. R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 244 ss.

112 La presenza dell'*incumbent* nella determinazione del prezzo, non solo costituisce un elemento che può pesare negativamente sui tempi dello svolgimento della procedura, ma potrebbe provocare distorsioni ad una corretta determinazione dell'*access deficit*, pur se verificata dall'organismo cui si è accennato. Vicenda che si trasferirebbe negativamente sia sul consumatore che sugli organismi che utilizzano la rete e che sarebbero obbligati a pagare costi non dovuti.

cap, si potrebbe osservare che neppure il *price cap* è stato in grado di eliminare i pericoli di una distorsione a favore dell'*incumbent*¹¹³.

A sottolineare, sotto il profilo pratico, i poteri ancora esercitabili da Telecom, occorre ricordare che, per quanto riguarda i prezzi relativi alla *carrier selection*, l'AGCOM ha imposto a Telecom di rendere operativo il servizio per le chiamate tra aree locali. I costi proposti da Telecom ad allaccio (15 €), non sono sembrati ancorati a quanto consentito dalle più recenti tecnologie. È vero, però, che l'Autorità ha utilizzato una terminologia assai generica, nella quale il parametro "più recente tecnologia", resta indecifrabile.

113 Va considerato che il *price cap* opera come un meccanismo generale che riguarda l'insieme delle tariffe (canone, traffico a consumo) e dei costi di gestione e non è in grado, ad esempio, di impedire i sussidi incrociati. Le singole tariffe pur essendo sottoposte a verifiche possono essere aumentate singolarmente dall'*incumbent*. Secondo i criteri ora indicati, si potrebbero avere aumenti di una singola tariffa, riconosciuti corretti all'interno del *price cap* generalizzato che consentono all'*incumbent* di tenere basse altre tariffe, praticando un sussidio incrociato non consentito. Questo, d'altronde, era il timore che si celava dietro la discussione intervenuta tra l'AGCOM e la Ce in merito all'aumento dell'importo del canone Telecom. L'AGCOM non voleva un aumento superiore al 4 per cento, ma tale percentuale era ritenuta da Bruxelles troppo esigua. La preoccupazione dell'Autorità era che, ad un maggior ricavo ottenibile con il canone avrebbe potuto corrispondere una riduzione, praticata dall'*incumbent*, sui prezzi di altre aree di traffico telefonico, dove maggiore è la concorrenza e dove i prezzi bassi avrebbero scoraggiato i nuovi entranti. Come è noto, spinta dalle pressioni della Ce, l'AGCOM ha autorizzato Telecom ad aumentare dell'8,5 per cento i diversi canoni telefonici. Per un approfondimento della vicenda si veda, S. FROVA, *Il canone di Telecom Italia e lo strano scontro fra Cheli e Monti: una storia, tante morali*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2001, pp. 111 ss.

Anche tenendo conto dell'indeterminatezza del termine di raffronto esiste, però, un divario eccessivo tra i costi presentati da Telecom e quelli praticati in altri paesi della Comunità.

Una delle cause dell'alta richiesta di Telecom deriva dalla circostanza che il suo tasso di smaltimento delle richieste è molto basso e ciò incide sul costo aggiuntivo per minuto di traffico. Queste alte tariffe non sono giustificabili. In primo luogo, esse vanno stigmatizzate in quanto sono sintomo di inefficienza; in secondo luogo, la lentezza della messa a punto del servizio va a costituire nei confronti degli utenti una barriera di tipo economico, a tutto vantaggio dell'*incumbent*.

5. Il servizio universale

Le finalità che sottostanno agli interventi sin qui esaminati, volti ad aprire il mercato alla concorrenza, investono non solo l'aspetto economico, ma anche alcune modalità del suo esercizio quali la tutela della riservatezza dei dati, le conseguenze dei singoli interventi sull'ambiente, la continuità del servizio, la sua accettabilità, il suo prezzo contenuto e la sua diffusione per aree

geografiche. L'affermazione di queste diverse finalità si fonda su azioni accusate di attenuare e di ritardare la concorrenza.

Tra queste azioni, sia le norme comunitarie sia le norme nazionali hanno attribuito particolare attenzione a quelle volte a garantire il servizio universale, a tutela degli utenti più deboli. Oggi, però, il servizio universale è al centro di un dibattito che mette in risalto le contraddizioni sostanziali della nozione.

Il concetto di servizio universale inizia a delinearsi negli USA, nel settore delle telecomunicazioni, nel 1893, data della scadenza del brevetto Bell¹¹⁴. All'epoca vi era più di una società che gestiva reti non interconnesse tra loro, sicché il privato che avesse voluto dialogare con diverse persone, avrebbe dovuto abbonarsi a differenti reti telefoniche¹¹⁵. Per evitare queste strozzature del mercato, la società Att (*America telephone and telegraph*), si offrì di gestire la telefonia collegando tutti i clienti in un'unica rete. Questa offerta, che consentiva a tutti gli abbonati delle diverse reti di dialogare tra loro, venne chiamata servizio universale e fu remunerata dallo Stato attraverso l'assenza di concorrenza.

114 Cfr. A. PILATI, *Introduzione*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, pp. 3 ss.

115 A. PILATI, *Introduzione*, in *cit.*, pp. 4 ss.

Con il collegamento tra le reti, cioè l'interconnessione, non si mirava ad estendere il servizio a più ampie categorie sociali, ma si voleva rendere più agevole l'uso del servizio agli utenti.

In questa prima fase, il servizio universale coincide con servizio unico e l'unificazione delle reti mostra lo stretto legame tra servizio universale e interconnessione. Questa, a sua volta, si configura come un'attività volontaria e gratuita. Quindi, il servizio universale è caratterizzato dal principio dell'unificazione delle reti e dei servizi e dalla gestione di questi ultimi in regime di monopolio¹¹⁶.

La mancanza di attenzione per l'espansione del servizio si evidenzia anche in Italia dove il modesto interesse per la crescita della telefonia derivò dalla mancata percezione che le telecomunicazioni fossero un servizio pubblico, essenziale da diffondere in misura eguale a tutti i cittadini, seguendo i principi del servizio pubblico, quali la continuità, l'estensione geografica, il prezzo abbordabile.

116 C. OSTI, L. ROVIZZI, *Il Servizio universale in Italia*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, pp. 263 ss.

Questa disattenzione è testimoniata dalla lenta penetrazione della telefonia¹¹⁷. Nel 1920-1921, il numero degli abbonati, in Italia, era di circa 117.000, su una popolazione di circa 38 milioni di abitanti (meno dell'1%), mentre solo poco tempo dopo, negli anni Trenta, circa il 50 per cento delle famiglie utilizzava un apparecchio radio¹¹⁸ e l'elettricità, in quegli stessi anni, era diffusa in tutti i centri urbani.

La situazione di sottovalutazione del servizio di telecomunicazioni si protrae negli anni. Ancora nel 1974, al momento dell'emanazione del Codice postale, approvato con d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, le telecomunicazioni non erano configurate come un servizio a sé, ma come un mezzo di trasmissione del pensiero, alla pari delle comunicazioni postali. Mentre la rapidità della trasmissione delle prime ne faceva qualcosa di strutturalmente diverso, suscettibile ad una pluralità di usi impensabili per le poste. In particolare, le telecomunicazioni sono in grado di soddisfare, tempestivamente, esigenze della vita quotidiana.

117 Alla fine della prima guerra mondiale, la densità telefonica italiana era di un telefono ogni 400 abitanti, contro i 116 della Francia, i 58 della Gran Bretagna e i 45 della Germania.

118 Dal 1930 al 1939 si passa da 175.291 abbonamenti alle radiodiffusioni a 1.106.982.

Il ritardo del legislatore nell'individuazione dell'essenzialità del servizio telefonico ha avuto conseguenze nella sua gestione. Infatti, non configurandosi, la telefonia, come un servizio essenziale, non doveva esserne garantita l'accessibilità a tutti. Ciò spiega perché sono state necessarie, fino agli anni ottanta, lunghe attese per ottenere un allaccio telefonico¹¹⁹.

La mancata percezione del pubblico interesse sotteso alle telecomunicazioni influenzò non solo le modalità di gestione, ma anche la loro diffusione. Lo sviluppo della telefonia fu ritenuto un segnale dell'aumento del tenore di vita della popolazione, un lusso più che una necessità, considerato come un consumo di carattere privato.

Benché il servizio fosse sottoposto a concessione e a riserva in quanto riconosciuto di appartenenza dello Stato, non venne affermata la sua natura di attività da svolgere nell'interesse generale. Anche per un difetto di origine, dal momento che le società telefoniche arrivarono nelle mani dello Stato quasi per caso. Infatti, l'assunzione della telefonia in mano pubblica, dopo la privatizzazione voluta da Mussolini nel 1925, non fu il risultato di

119 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 283 ss.

una scelta politica, piuttosto fu dovuta alla circostanza che nel 1933, con il salvataggio della Banca commerciale, i pacchetti azionari delle società private Stipel, Telve e Timo passarono all'Iri che costituì la Stet¹²⁰.

Le società gestivano il servizio, a basso costo, senza curarsi di introdurre innovazioni, seguendo lenti ritmi nel rinnovo degli impianti. Tuttavia, la presenza del regime amministrativo nel quale le telecomunicazioni vivevano, comportò, negli anni, una conseguenza importante, consistente nell'adozione, sotto il profilo della gestione, di alcuni principi propri dei servizi pubblici in mano pubblica, anche se le telecomunicazioni, come si è accennato, erano arrivate in mano pubblica del tutto incidentalmente.

Infatti, la ragione dell'assunzione e della permanenza di un servizio da parte dei pubblici poteri è stata sempre legata al concetto di un'attività da diffondere capillarmente, senza interruzioni, anche in perdita, con costi a carico del contribuente, anche attraverso i sussidi incrociati.

120 Per un'analisi della tematica relativa all'evoluzione della Telecom si veda il capitolo terzo della Tesi; in particolare i paragrafi 1, 2, 3 e 4, dove viene messa in luce la trasformazione che la Società Telecom ha subito, a partire dai primordi del secolo Novecento sino ad arrivare agli inizi del processo di liberalizzazione dei servizi a rete.

Lo scenario ora descritto muta allorché, per effetto della normativa comunitaria, cessa la mano pubblica e le telecomunicazioni si aprono alla libera concorrenza, vengono considerate servizi di interesse economico generale e sottoposte alle regole del mercato. Contemporaneamente, le telecomunicazioni sono al centro di un rilevante processo di innovazione tecnologica che riduce il costo dei servizi da offrire. Questi eventi inducono notevoli cambiamenti nel settore e fanno emergere una nuova concezione del servizio universale, non più collegata alla presenza di un'unica rete, ma volta a tutelare l'utente più debole in un mercato aperto alla concorrenza.

Si noti che la diffusione del servizio per aree geografiche è stata pressoché completata negli anni Novanta del secolo scorso, tanto che nel 2001, il 96% delle famiglie europee possedeva un telefono fisso¹²¹. Va aggiunto che la telefonia mobile ha avuto un grande sviluppo, anche nelle aree non urbane ed anche tra la popolazione a basso reddito. Ciò significa che per un numero considerevole di famiglie a basso reddito, i telefoni cellulari

121 Delle rimanenti famiglie, poco più della metà o non è interessata o dispone di altri mezzi di accesso. I dati sono stati pubblicati nella comunicazione della Commissione europea 2001/C-17/04, n. 41.

costituiscono una soluzione accettabile in alternativa alla telefonia fissa. Ma, soprattutto, far coincidere il servizio universale con la diffusione della telefonia appare anacronistico se si pensa che il mercato delle telecomunicazioni, già a metà degli anni Novanta, era quasi saturo. Esclusa la coincidenza tra servizio universale e diffusione della telefonia a bassi costi, dovevano essere individuati i nuovi contenuti del servizio universale.

Paradossalmente, è stato proprio l'introduzione dei servizi ad alta tecnologia a evidenziare la crisi del servizio universale, dal momento che, nei confronti dei più recenti servizi proposti sul mercato, l'attenzione e la richiesta degli utenti era altissima. Ma proprio questo acuito interesse rendeva superata la concezione stessa del servizio universale. Perché sarebbe stato necessario diffondere uno o più dei recenti servizi, a spese della collettività, quando gli utenti interessati erano pronti a pagare personalmente per poterne usufruire?¹²²

Le osservazioni sin qui svolte fanno cadere due dei principi del servizio pubblico confluiti nel servizio universale: la diffusione per

122 S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, pp. 91 ss; osserva che il servizio universale impone obblighi inutili perché gli operatori non lasciano alcuno senza servizio, essendo loro interesse farlo.

aree geografiche e la continuità del servizio. Resterebbe escluso dalle fattispecie ora indicate l'intervento regolativo che si riferisce alla tutela sociale, da garantire attraverso il servizio universale.

La tutela sociale si propone di offrire i servizi di telecomunicazioni agli utenti non profittevoli e individua tali utenti, tra i disabili e le persone a basso reddito. Questa tutela richiede, però, una limitazione della concorrenza, per cui esisterebbero servizi resi in regime di concorrenza agli utenti profittevoli e servizi resi nell'ambito del servizio universale per gli utenti non profittevoli. Tuttavia, l'esperienza ha messo in luce l'esistenza di diverse forme di tutela sociale che non sono fuori dal mercato e non limitano la concorrenza. In altri termini, esistono servizi rivolti ad utenti non remunerativi, la cui offerta a prezzi bassi può produrre per l'impresa, ritorni economici¹²³.

Dunque è la stessa categoria dell'utente non profittevole che va riconsiderata in quanto esso può essere guardato anche come un utente redditizio. Non solo perché esistono telefonate a costo zero per le quali la numerazione consiste nell'ascolto del messaggio pubblicitario, ma perché non è dimostrabile che l'utente a basso

123 R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, in *cit.*, pp. 288 ss.

reddito, messo in condizione di godere di determinate agevolazioni, faccia uno scarso uso del telefono. Al contrario, potrebbe trasformarsi in un utente vantaggioso. Queste osservazioni possono legittimare la conclusione che le azioni di tutela sociale possono non collocarsi all'interno del servizio universale.

A conferma di tali considerazioni, si può osservare che l'esigenza della tutela sociale è affermata dalla costituzione europea, attraverso i richiami alla solidarietà, alla cooperazione, alla sussidiarietà. Questi valori conformano il nuovo Stato europeo. Mentre il servizio universale non è preso in considerazione dai diversi trattati. Ciò significa che la sua predisposizione non è un tema centrale, ma eventuale e residuale.

Infatti, con l'affermazione dei principi della costituzione europea sulla concorrenza, sono stati imposti in capo alle imprese gli obblighi di trasparenza, efficienza; principi sconosciuti agli utenti del servizio pubblico che si sono trasferiti anche nei confronti degli utenti da tutelare attraverso il servizio universale. Tutti questi elementi rendono legittima una domanda: è ancora valida la nozione di servizio universale? Ciò in quanto lo sviluppo intervenuto nel settore ha reso obsoleto il concetto di servizio

universale, non esistendo più nel settore aree in cui la concorrenza non si è ancora pienamente affermata.

Questa idea di riduzione del servizio universale a causa della concorrenza non è stata colta dalla normativa comunitaria, né nazionale. La prima ha ruotato intorno al profilo dell'appartenenza delle telecomunicazioni alla categoria dei servizi di interesse economico generale¹²⁴; quindi, esigenza principale del servizio è la sua diffusione. In definitiva, però, la normativa comunitaria si è mossa in una direzione che non sembra tener conto dei mutamenti che si sono verificati nelle telecomunicazioni in ambito tecnologico e concorrenziale.

Sotto il profilo nazionale, la diffusione in modo omogeneo dei servizi di pubblica utilità era uno degli obiettivi del legislatore. Il d.P.R. 318/97 art. 1, z), individua il servizio universale in un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità, disponibile a tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica, ad un prezzo accettabile. Il servizio universale comprende: il servizio di telefonia vocale, la possibilità di effettuare

124 Con la comunicazione del 13 marzo 1996, la Commissione europea ha riconosciuto che il servizio universale è un concetto in evoluzione, precisando successivamente che esso deve rispondere a standard di qualità oltre che essere attribuibile a prezzi abbordabili.

e ricevere le chiamate internazionali, la comunicazione via fax, la trasmissione dati, l'accesso gratuito ai servizi di emergenza, la fornitura dell'elenco abbonati e l'offerta di opzioni speciali per i clienti disabili.

In base al decreto la società Telecom è indicata come l'organismo tenuto a fornire il servizio mentre il calcolo dei costi è controllato dall'AGCOM tenuto conto degli eventuali vantaggi di mercato derivanti all'incaricato di servizio.

L'AGCOM, ha osservato che una maggiore efficienza e una maggiore concorrenza avrebbero portato ad una progressiva riduzione dei costi del servizio. A queste osservazioni si possono aggiungere quelle che riguardano la mobilità del mercato. Attualmente si rileva, infatti, una tendenza all'abbandono del telefono fisso a favore del mobile¹²⁵.

10. Profili comparativi: British Telecom

Nel paragrafo finale si effettuerà una ricognizione del sistema di telefonia fissa in Inghilterra, mettendo in evidenza le divergenze

¹²⁵ Oggi, il 10% circa del totale delle famiglie, non hanno un telefono fisso e usano solo il cellulare, mentre nel 2000 erano solo 693.000.

e i punti di contatto della regolamentazione britannica rispetto a quella italiana.

La piena liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni è il punto d'arrivo di un processo iniziato ventidue anni fa, quando il *Telecommunications Act* sancì il collocamento presso il pubblico del pacchetto di maggioranza di British Telecom (BT), all'epoca monopolista pubblico delle TLC. L'intera vicenda merita di essere raccontata per almeno tre ordini di motivi: anzitutto, perché è il primo esempio di programmi di privatizzazione che, a partire dagli anni Ottanta, hanno permesso al mercato di riappropriarsi del ruolo in molti ambiti usurpato dalla politica nell'euforia keynesiana del dopoguerra. In secondo luogo, il caso di British Telecom getta una luce assai interessante sulle considerazioni strategiche necessarie a delineare un modello di privatizzazione desiderabile ed efficace. Infine, la materia è di grande attualità per il dibattito italiano sulle telecomunicazioni¹²⁶.

126 R. BITETTI, M. TROVATO, *Privatizzazioni di successo*, in *IBL Briefing Paper*, 35, 2006, pp. 2 ss. Vedi anche il sito www.IstitutoBrunoLeoni.it/privatizzazioni di successo, il caso BT.

Le origini di British Telecom¹²⁷ risalgono alla fondazione dei primi servizi commerciali di telegrafia, come quello fornito dall'Electric Telegraph Company sin dal 1846. Queste imprese vennero annesse al General Post Office (GPO) dal *Telegraph Act* del 1868. In seguito all'invenzione del telefono¹²⁸, il GPO estese la sua offerta al nuovo business, ma ad esso si affiancarono presto numerose società private che operavano su licenza del *Postmaster-General*, dirigente preposto all'ente medesimo.

Questa situazione transitoria finì con la nazionalizzazione in capo al GPO della rete telefonica nazionale nel 1896 e di quella locale nel 1912.

Nel 1969, il Post Office Act trasformò il GPO, all'epoca un dipartimento del governo, nel Post Office, una società di diritto pubblico non direttamente collegata all'esecutivo.

127 Come noto, la paternità dell'invenzione è materia aspramente dibattuta. Ufficialmente attribuita ad Alexander Graham Bell, da più parti si ritiene, ed un provvedimento del Congresso degli Stati Uniti nel giugno 2002 intese confermarlo, che vada invece riconosciuta ad Antonio Meucci. Altri ancora avanzano il nome di Elisha Gray, fondatore di Western Electric. Sia come sia, giova comunque ricordare che l'invenzione di Meucci risale al 1871, mentre Bell brevettò la "sua" nel 1876.

128 A tale misura sfuggirono soltanto i servizi municipalizzati di Portsmouth, Guernsey e Kingston-upon-Hull. La Kingston Communications, in particolare, ebbe modo di rinnovare la sua licenza nel 1914, ottemperando all'acquisto della rete per 192.000 sterline; ha poi saputo mantenere la sua indipendenza sino ad oggi ed è ora parzialmente privatizzata. Kingston Communications si segnala per essere stata un pioniere delle connessioni ADSL, ed in particolare dei servizi televisivi operati su tale linea.

Il *British Telecommunication Act* del 1981 separò le attività postali dalle telecomunicazioni, e conferì uno statuto autonomo a British Telecom, nella stessa forma di azienda pubblica.

Nel 1982, la Mercury Communications ottenne una licenza per costruire e gestire un secondo network di linee fisse, in competizione con British Telecom. Tale iniziativa preluse alla politica del duopolio, annunciata dal governo britannico nel novembre dell'anno seguente, e considerata necessaria per preparare una transizione morbida al mercato¹²⁹.

Nel 1984, la prima e più consistente tranche di azioni British Telecom, equivalente al 50,2% della società, venne offerta al pubblico presso i mercati azionari di Londra, New York e Toronto. All'iniziale scetticismo degli investitori istituzionali verso la vendita di un pacchetto almeno sei volte più grande, per capitalizzazione, di qualsiasi altro mai trattato nel London Stock Exchange fece da contraltare l'entusiasmo dei piccoli risparmiatori, che superò ogni

129 È stato sostenuto che ciò abbia in realtà causato un rallentamento nel processo di ristrutturazione di BT, che è giunto a pieno regime solo negli anni Novanta. A tale proposito appare illuminante l'andamento dei livelli occupazionali di BT reperibile al seguente link: www.btplc.com/Thegroup/Chartingourprogress/charts.pdf.

aspettativa¹³⁰, delineando il potenziale delle privatizzazioni successive.

Al momento della privatizzazione, due ipotesi vennero considerate: quella della vendita unitaria del gruppo, e quella dello smembramento in più aziende (ad esempio una per i servizi locali, una per quelli a lunga distanza ed una destinata alla gestione delle infrastrutture): quest'ultima era stata la via seguita nella riorganizzazione di Att negli Stati Uniti. La scelta ricadde però sulla prima opzione, e British Telecom divenne una Public Limited Company (PLC)¹³¹.

Contemporaneamente, il *Telecommunications Act* completò la separazione fra il ruolo (statale) di regolatore e quello (privato) di fornitore di servizi. La vigilanza sul livello della concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni fu demandata a tre organismi: il Department of Trade and Industry, la Monopoly and Mergers Commission (MMC, poi Competition Commission), e l'OFTEL,

130 Secondo l'economista John Kay, le richieste furono circa 2 milioni e, nel tentativo di soddisfarne il maggior numero, si fece sì che i singoli pacchetti non superassero le 800 azioni, per un controvalore di un migliaio di sterline. J. KAY, *Twenty Years of Privatisation*, 2002, reperibile online: <http://www.johnkay.com/political/249>.

131 Quello delle PLC è un modello societario britannico ed irlandese largamente assimilabile alle nostre Società per Azioni, caratterizzato da un capitale sociale di almeno 50.000£ rappresentato da azioni, almeno il 25% delle quali interamente liberate; la limitazione della responsabilità è garantita agli azionisti; sebbene la base azionaria sia tendenzialmente più ampia di quella delle Private Limited Companies (Ltd.), non vi è alcun obbligo in tal senso: ciò nonostante molte PLC ricorrono alla quotazione presso il London Stock Exchange o l'Alternative Investment Market.

autorità indipendente con il potere di deferire l'ex-monopolista alla MMC. Si generò così un meccanismo di controllo innovativo, basato sul dialogo e la contrattazione con le parti.

Solo nel 1991 la politica del duopolio venne finalmente rivista, con la pubblicazione da parte del governo britannico del libro bianco *Competition and Choice: Telecommunications Policy for the 1990s*, che incoraggiò nuovi operatori ad entrare nel mercato delle telecomunicazioni e permise agli operatori esistenti di ampliare la gamma dei loro servizi. Nello stesso anno, British Telecom assunse il nome BT, e si assistette alla vendita di circa metà delle azioni ancora di proprietà statale¹³².

BT si trovò così a dover affrontare il problema della ristrutturazione aziendale. La strategia individuata si focalizzava (in considerazione della cessione delle produzioni di apparecchi telefonici avvenuta nel 1990) sulla vendita dei servizi, con uno spiccato gusto per la personalizzazione ritagliata sui target della clientela, e con una particolare attenzione ai grandi gruppi multinazionali. Il principale obiettivo del gruppo era, infatti, quello

132 Precisamente, si tratta di una quota del 23,9%. Il restante 22% sarà ceduto nel luglio del 1993. Questi dati sono desunti da: E. C. PEROTTI, "Credible Privatization", in *The American Economic Review*, IV, 1995, pp. 847-859 e p. 849.

di espandersi rapidamente nel mercato mondiale, mettendo a frutto la maggior esperienza maturata in un ambiente concorrenziale e sfruttando un network d'alleanze strategiche con imprese internazionali¹³³.

Il contrasto con la situazione dei primi anni Ottanta era stridente: se allora il Regno Unito era parso assolutamente isolato nello sforzo di abbattere un monopolio che si protraeva da decenni, e per giunta un esempio di monopolio che la teoria economica *mainstream* catalogherebbe come “naturale”, l'esperienza dei benefici a lungo termine del libero mercato e della concorrenza indussero molte altre nazioni a seguire l'esempio inglese, aprendo la strada alle liberalizzazioni.

Nel 1993, facendo seguito ai proclami del 1991, vennero concesse le prime licenze ai nuovi *Public Telecommunications Operators* (PTO) e venne permesso ai gestori di servizi televisivi via cavo di offrire servizi telefonici (era e rimaneva, però, rigorosamente vietato l'inverso) utilizzando la loro rete, estendendo

133 Ad esempio, BT costituisce nel 1995 una *partnership* nel Nord America con MCI (che si concluderà nel '97, con l'acquisto di quest'ultima da parte di Worldcom), in Italia con BNL, in Germania con la *joint venture* Viag Interkom KG, in Svezia con TeleDanmark e Telenor. Nel 1996 si verificano l'acquisizione del 25% delle azioni di Clear Communications, in Nuova Zelanda, ed ancora *joint ventures* in Corea con Dacom e nei Paesi Bassi con Telfort B.V. Nel 2000 infine, viene annunciata una *joint venture* globale fra BT ed AT&T, dal nome Concert, che si risolverà in un grande fallimento, con 1.2 miliardi di sterline di danno per BT, segnando la fine dell'obiettivo della *leadership* mondiale.

quindi la concorrenza a BT finalmente anche al famigerato ultimo miglio.

Nel 1996 venne aperto anche il mercato delle telefonate internazionali attraverso la creazione di *International Facilities Licences* (IFL) e la possibilità di vendere ed acquistare i servizi in mercati internazionali (*International Simple Resale*), non più limitata dal principio di reciprocità.

BT vide la sua quota di mercato ridursi in questo ambito del 46,6% in termini di introiti e del 32,7% in termini di volume.

Nel 1997, la presidenza britannica della WTO promosse la stipula del *Basic Telecommunications Agreement*, che impegnò i sessantanove firmatari ad aprire alla concorrenza i mercati interni delle comunicazioni internazionali. Il 1 gennaio 1998, con l'entrata in vigore della direttiva 96/19/CE volta ad abolire i diritti esclusivi concessi dagli Stati membri nel settore dei servizi di telecomunicazione, la liberalizzazione si estese all'Europa intera. Nel 1999 la Commissione Europea inaugurò una consultazione pubblica, nota come *Communication Review*, e concluse per la necessità di rimuovere le rimanenti barriere ai singoli mercati, e di ripesare l'assetto della regolazione sulle nuove esigenze di un

mercato più concorrenziale. A tal fine, una copiosa messe di atti normativi vide la luce a partire dal 2000. Le direttive perseguivano l'obiettivo dell'armonizzazione orizzontale dei compiti delle autorità nazionali, ponendo una serie di obblighi, fra cui il rinvio alla Commissione europea delle decisioni fondamentali nel settore e l'impegno a favorire l'emersione spontanea dal mercato di standard tecnologici, piuttosto che la loro imposizione; inoltre, venne stabilito che l'ingresso nel mercato delle telecomunicazioni fosse regolato tramite autorizzazioni generali piuttosto che attraverso licenze individuali¹³⁴.

Visti gli effetti della concorrenza sul mercato e sui prezzi in quegli anni, l'OFTEL decise di ridurre al 26% le attività di BT soggette a *price cap* per il periodo dal 1997 al 2002, con l'obiettivo di una ulteriore riduzione in seguito.

Ben presto a Bruxelles ci si rese conto che la concorrenza, che pure aveva già sprigionato tali e tanti effetti benefici rimase fortemente limitata, soprattutto a livello locale, dal fatto che gli ex monopolisti avevano ereditato le infrastrutture costruite dalla mano pubblica. Fra le misure adottate, spicca l'*Access Directive*, che

134 Cfr. Department of Trade and Industry, *Communications Liberalisation, in the UK. Key elements, History and Benefits*, 2001, p. 7, online: http://www.dti.gov.uk/files/file24_910.pdf.

delineava i presupposti per gli accordi di interconnessione fra i gestori delle reti ed le aziende di servizi. Inoltre, venne sancito a carico degl'*incumbent* l'obbligo di garantire il *Local Loop Unbundling* (LLU), e cioè la possibilità di connessione diretta dell'utenza alla rete del nuovo operatore tramite il doppino telefonico già esistente, naturalmente dietro pagamento d'un canone.

Per il gruppo BT, il nuovo millennio si aprì con una forte crisi: l'obiettivo della *leadership* globale, in un primo tempo perseguito, si rivelò sproporzionato, e la gara d'appalto per le licenze per la tecnologia G3, insieme agli effetti dell'esplosione della bolla azionaria della *new economy*, mandarono fuori controllo il debito di BT, con il rischio concreto che le agenzie di *rating* optassero per un declassamento. Si rese necessario un nuovo riassetamento strutturale, per riportare gli obiettivi dell'azienda in linea con le esigenze del mercato¹³⁵. Il gruppo si scisse in due grandi divisioni: BT Wireless (poi ceduta come BT Cellnet) e Future BT (in seguito BT Group).

135 È utile notare come la privatizzazione sottoponga *ipso facto* le strategie aziendali ai giudizi senz'appello del mercato, privandole, se non del sostegno della politica, almeno del salvagente offerto dalla fiscalità generale.

L'*Office of Communications Act* del 2002 istituì l'OFCOM, super-regolatore pensato per un'epoca in cui la convergenza tra i diversi *media* sembrava diventare il tema dominante delle esigenze di controllo.

Il *Communication Act* del 2003 demandò ad OFCOM i poteri in precedenza detenuti da OFTEL e delle altre autorità per le telecomunicazioni.

Per tutti gli anni novanta, la strategia di OFTEL per ripristinare l'ordine di mercato dopo sessant'anni di monopolio statale era stata improntata alla riduzione della quota di mercato di British Telecom attraverso restrizioni sulla sua politica tariffaria e con l'obbligo di consentire alle altre aziende l'utilizzo della sua rete locale. Tutto ciò diede discreti frutti nell'area della rivendita attraverso Independent Service Providers (ISP)¹³⁶, ma non ebbe minimamente influenzato la posizione di British Telecom per quanto concerne le connessioni ADSL e l'accesso locale.

Nel dicembre 2003, l'OFCOM annunciò una *Strategic Review* del settore delle telecomunicazioni, per fare il punto, a vent'anni dalla liberalizzazione, sul funzionamento del mercato, e

¹³⁶ Cfr. M. CAVE e R. MASON, *The Economics and Regulation of the Internet*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 17, 2001, pp. 188-201, e particolarmente il paragrafo 5.1.

particolarmente sui limiti effettivi alla concorrenza e sulla necessità che il regolatore stesso assumesse un ruolo meno pervasivo ed in grado di cogliere i cambiamenti e le innovazioni tecnologiche. Ciò propiziò un nuovo approccio strategico, orientato al conseguimento della competizione a tutti i livelli dell'infrastruttura, con il potenziamento della regolazione nei settori in cui il mercato non ha ancora ripristinato il suo regolare funzionamento.

Dalla prima fase dell'inchiesta pubblica, si evinse che era il mercato della telefonia fissa ad essere meno efficiente: *“Vent’anni di legislazione pro-concorrenziale hanno portato alcuni miglioramenti per i consumatori. Ma, afferma il Final statement della Strategic Review, anni di regolazione intrusiva non sono stati in grado di creare le condizioni necessarie per benefici a lungo termine”*. I colli di bottiglia vennero individuati essenzialmente nel cosiddetto ultimo miglio, quel tratto d'infrastruttura in cui era tecnicamente possibile competere attraverso il Local Loop Unbundling. Ma il fatto che BT avesse un accesso preferenziale ad un bene quale la rete infrastrutturale, di difficile (e costosa) replicabilità, distorceva inevitabilmente il mercato, impedendo alle altre imprese di offrire servizi competitivi. Davanti all'OFCOM si

aprono tre ipotesi d'azione: la prima prevedeva la rimozione della *regulation ex ante* ed un ruolo ancora più intrusivo del regolatore stesso *ex post*. Un'altra possibilità era quella di rinviare il giudizio alla *Competition Commission*, che poteva sanzionarne la posizione dominante, applicando misure di separazione strutturale. Ma le parti interessate, e cioè essenzialmente gli utenti di BT Retail e BT Wholesale, preferirono una terza opzione, ovvero che fosse l'OFCOM medesimo a vigilare sul comportamento di BT al fine di garantire parità d'accesso¹³⁷.

Nel giugno 2005 BT propose all'OFCOM d'assumersi degli impegni vincolanti al fine di evitare il rinvio alla Commissione per la concorrenza. Questi cosiddetti *Undertakings* s'ispirarono ai principi individuati dal regolatore per garantire la parità d'accesso, ovvero la non discriminazione e la separazione funzionale. BT, ancora in possesso della rete infrastrutturale, si impegnò a garantire le stesse condizioni di fornitura dei servizi intermedi¹³⁸, per prezzo,

137 R. BITETTI, M. TROVATO, *Privatizzazioni di successo*, in *IBL Briefing Paper*, 35, 2006, pp. 2 ss. Vedi anche il sito www.IstitutoBrunoLeoni.it/privatizzazioni di successo, il caso BT.

138 Questi servizi includono: tutte le forme di Wholesale Line Rental (WLR); il Local Loop Unbundling; l'accesso alla rete in fibra ottica, compresi servizi Wireless Entertainment Services ed accessi per palmari; servizi specifici per Ethernet e protocollo SDH. Particolare attenzione è dedicata ai Next Generations Networks (NGN), reti di trasmissione a pacchetto in grado di erogare servizi di telecomunicazione con capacità di banda larga multipla, con tecnologie di trasmissione che permettono un servizio di qualità e nelle quali le funzioni legate

qualità e modalità d'acquisto, alle aziende servizi di telefonia ed ADSL.

Sempre nel giugno 2005 l'OFCOM accettò gl'impegni presi da BT. I risultati non si fecero attendere: dal primo gennaio 2006, 210.000 utenti disconnessero le loro abitazioni da BT, per usufruire di offerte più vantaggiose, rese possibili dalla liberalizzazione dell'ultimo miglio. A giugno 2006 erano già divenute 500.000, e continuano a crescere al ritmo di 20.000 alla settimana.

Possiamo trarre alcuni insegnamenti dalla lezione inglese: il primo è che le privatizzazioni, se ben condotte, hanno successo. Nessun ministero sarà in grado di eguagliare i livelli di efficienza e benessere cui l'ordine del mercato conduce, perché non potrà assecondare le informazioni che il sistema dei prezzi convoglia e perché la sua logica economica sarà inquinata dalle interferenze della politica.

Come accennato, però, l'efficacia di una privatizzazione non accompagnata da un'effettiva liberalizzazione sarebbe drammaticamente ridimensionata. Il rischio che essa non influisca

ai servizi sono indipendenti dalle tecnologie di trasmissione. Permettono agli utenti di accedere liberamente alle reti e ai fornitori di servizi concorrenti e/o ai servizi di loro scelta. Le NGN dovrebbero permettere una piena mobilità associata alla fornitura onnipresente di servizi per gli utenti.

che marginalmente sulla struttura d'incentivi dell'azienda in corso di privatizzazione è tutt'altro che meramente ipotetico, e la storia illustra tale minaccia con un buon numero di esempi¹³⁹.

Ancora, sembra adeguato concludere che non sempre il gradualismo, e cioè l'opzione per una transizione guidata dall'alto, premi: la *Duopoly Policy*, frutto di una definizione arbitraria della concorrenza, ha solo procrastinato gli adeguamenti che il mercato avrebbe poi reso necessari. Non è un caso se i maggiori raffinamenti del servizio ed i più sorprendenti sviluppi tecnologici si sono verificati dopo la revisione di tale politica infruttuosa, che ha aperto lo spazio alla creatività ed all'imprenditorialità.

Nel campo delle telecomunicazioni è del tutto evidente che le vestigia del monopolio si annidino nella disponibilità delle infrastrutture. Non sembra un azzardo sostenere che se nel 1984 o nel 1991 si fosse osato di più, e la rete fosse stata scorporata da British Telecom, il beneficio per i consumatori sarebbe stato, in termini di prezzi e possibilità di scelta, assai maggiore. Ma l'implementazione dell'ULL e, molto più, la nascita di Openreach

139 R. BITETTI, M. TROVATO, *Privatizzazioni di successo*, in *cit.*, pp. 2 ss. Vedi anche il sito [www.IstitutoBrunoLeoni.it/privatizzazioni di successo](http://www.IstitutoBrunoLeoni.it/privatizzazioni%20di%20successo), il caso BT.

hanno avuto enorme rilevanza e danno grande fiducia nell'evoluzione delle telecomunicazioni nel Regno Unito¹⁴⁰.

La separazione della rete locale consente finalmente una competizione equilibrata, e garantisce che i consumatori possano premiare le proposte migliori ai prezzi più convenienti. Senza trucchi e senza privilegi. In altre parole, un mercato finalmente libero.

140 R. BITETTI, M. TROVATO, *Privatizzazioni di successo*, in *IBL Briefing Paper*, 35, 2006, pp. 2 ss. Vedi anche il sito www.IstitutoBrunoLeoni.it/privatizzazioni di successo, il caso BT.

Conclusioni

“Qual è il ruolo della rete nel diritto?”. È la domanda che ha accompagnato l’intera indagine. Fino alla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso la rete ha ricevuto ben poca attenzione da parte del diritto. Al pari di quanto avvenuto nelle scienze sociali rete è solo un concetto, una metafora che affascina i giuristi in quanto potenzialmente in grado di cogliere e descrivere le dinamiche degli ordinamenti multi-livello e di riorganizzare la frammentazione del diritto. Solo indirettamente, cioè nell’ambito dei servizi pubblici, la riflessione giuridica ha prodotto elaborazioni importanti sulla rete.

La rete non assurge ad oggetto di una disciplina giuridica sistemica, non determina la produzione di istituti giuridici specifici, né di normative dettate esplicitamente ed esclusivamente per essa. La rete non assurge neppure a canone interpretativo.

La rete fisica infrastrutturale è invece oggetto di interventi normativi non specifici all’interno di altre numerose discipline; anche qui, dunque, essa non attrae disposizioni specifiche. In tutta questa prima fase il ruolo della rete nel diritto è di tipo meramente

classificatorio: essa è impiegata per distinguere all'interno di questa categoria i servizi a rete da tutti gli altri.

È solo per volere ed effetto del diritto comunitario che la rete si affranca dal servizio divenendo un catalizzatore di discipline prodotte specificamente per essa. Questo *corpus* normativo, che abbiamo definito “diritto delle reti”, ha il suo momento genetico nella separazione giuridicamente imposta tra rete e servizio.

L'origine eminentemente comunitaria e pro-concorrenziale condiziona i caratteri e le finalità del “diritto delle reti”. La funzione precipua delle reti e del diritto che le disciplina è quella di mettere in collegamento, di “connettere”. La prima è tale se ed in quanto collega gli elementi materiali che la compongono. Anche il secondo, il diritto, collega gli elementi materiali allorquando individua la rete; ma collega anche funzioni e soggetti che operano nella e attraverso la rete, e ciò fa attraverso la disciplina dei singoli aspetti dell'organizzazione strutturale della rete e di quella dinamico-contrattuale, mediante la regolazione dell'accesso e dell'interconnessione.

Il diritto orienta questa connessione di relazioni verso un fine che è quello di garantire la concorrenza dei mercati liberalizzati. È

attraverso il diritto che la rete diviene “bene ad uso comune del mercato”, essendo messa a disposizione dei concorrenti in maniera neutrale e non discriminatoria mediante l'imposizione di tali obblighi in capo ai relativi gestori.

Nel diritto rete e mercato concorrenziale nascono assieme e si condizionano reciprocamente: la rete si autonomizza quando ed in quanto si liberalizza, cioè quando si decide di introdurre la concorrenza nel settore caratterizzato dalla sua presenza; in tal senso appare corretto affermare che per il diritto la rete non è alternativa ma è posta al servizio del mercato e della concorrenza.

Quest'ultima notazione fa sorgere un quesito suscettibile di rievocare in dubbio l'intera utilità di questa ricerca. Se, come si è detto, il “diritto delle reti” nasce dall'affermarsi delle ragioni del neo-liberismo nel consenso europeo, ben potrebbe obiettarsi che esso sia semplicemente un fatto storicamente determinato e delimitato, una moda figlia del suo tempo.

È certo innegabile che dal mutamento di una visione politica come quella che sembra affermarsi ultimamente in ambito comunitario possa derivare anche un cambiamento della moda giuridica, ma si ritiene che un'evoluzione di tal fatta non avrebbe

comunque l'effetto di cancellare in toto la bontà degli esiti e specialmente delle prospettive che questa tesi contribuisce a costruire.

Esiste un aspetto saliente del “diritto delle reti” che prescinde dalle mode del momento e che fornisce un ancoraggio permanente per la sua definitiva affermazione. Tale elemento è costituito dalla funzione stessa assolta dalla rete, ovverosia la connessione, la messa in comunicazione, in relazione di parti distinte attraverso un complesso sistema di interconnessioni e/o di intermediazioni fisiche e negoziali. Nel caso delle reti fisiche, in particolare della rete di telecomunicazione fissa, di cui ci siamo occupati nel corso della trattazione, la funzione di connessione è posta ed imposta ai gestori dal diritto mediante gli istituti dell'accesso e dell'interconnessione.

Così impostata la questione, l'indagine può muovere da un “diritto delle reti” ad uno “della rete”: il primo presenta fondamenti assai meno transeunti di quanto non apparisse a tutta prima. Non solo la rete non è più una “metafora”, ma dalla sua presenza discendono conseguenze importanti per il diritto: in primo luogo essa connota e conforma in maniera omogenea il diritto che la regola; in secondo luogo, è polo di convergenza di disposizioni

eterogenee che necessitano di essere coordinate e reinterpretate in ottica sistemica; in terzo luogo, e soprattutto, la funzione di connessione, che caratterizza l'intima essenza della rete e che ne fa un elemento integrante di qualsiasi sistema.

Che l'esistente sia fatto di reti e sistemi lo insegnano da almeno una ventina d'anni esponenti illustri delle scienze naturali e umane nonché filosofi. La teoria del caos prima e la c.d. Scuola della complessità poi hanno fatto della rete la chiave epistemologica di comprensione della realtà biologica e sociale, proprio per il carattere auto-organizzante ed auto poietico di natura e società.

La prospettiva sistemica ha suscitato l'interesse di alcuni giuristi, che al tema hanno dedicato una monumentale opera di studio. Riconoscendo a Kelsen il grande merito di aver portato l'attenzione dei giuristi sull'ordinamento giuridico quale sistema di norme, superando l'idea della frammentarietà del diritto che trova collocazione nella teoria della norma fondamentale, gli studiosi vanno oltre spingendosi a considerare e criticare le aperture della seconda metà del Novecento. Con il declino del giuspositivismo il diritto esplora le possibilità di connessioni esterne vuoi con i valori e la società, vuoi con altri saperi come la fisica e la cibernetica.

Il diritto torna a rapportarsi con l'ambiente che lo circonda divenendo elemento di un sistema più complesso. Se dunque con Kelsen a prevalere è lo studio del sistema “nel diritto”, ora l'indagine diventa studio del diritto “nel sistema”, cioè studio delle relazione tra giuridico e società.

Se dunque la rete diviene il nuovo *topos* per la comprensione della realtà occorre tuttavia rifuggire da fascinazioni eccessive e dal rischio di fare, come per il sistema, una metafisica della rete.

Per impostare correttamente l'indagine, il problema da affrontare non è quello del fondamento, se prevale o meno la rete, ma decidere cosa sia la rete e capire che tipo di fondamento essa rappresenti rispetto al diritto.

In altre parole, poiché la rete si compone di entità senza esaurirsi in esse, occorre esplicitare le relazioni dinamiche che si realizzano tra tali entità all'interno della rete. Così procedendo la rete diventa un'entità funzionale delle relazioni tra cose preesistenti alla rete stessa e cose che nascono all'interno della rete.

Il diritto, sostanzialmente, è regola nella rete e non elemento della rete, nel senso che è esterno alla rete e proprio perché esterno la regola.

Possiamo trarre la seguente conclusione; tutto ciò che accade nelle reti fisiche, non sempre influenza la formazione della regola, per lo più è il diritto che dall'esterno impone certe regole. Solo di rado la regola nasce spontaneamente dall'interno della rete e poi si formalizza, ottenendo infine il *placet* del diritto. È necessario, quindi, evitare di sostituire meccanicamente un fondamento all'altro e indagare che tipo di fondamento la rete rappresenti per il diritto.

Bibliografia

ALLA L., *Corte di Giustizia CE, sentenza 6 dicembre 2007, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, in tema di compatibilità dell'art 2449 codice civile con l'articolo 56 del Trattato CE*, in *Amministrazione in Cammino*, 2008, p. 1;

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in Associazione italiana costituzionalisti, *La Costituzione economica*, (11-12 ottobre 1991, Ferrara), Padova, 1997;

Id., *La nuova Costituzione*, in DELLA CANANEA. G, NAPOLITANO. G (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998;

AMICONI C., *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci ed ombre*, in *Giust. civ.*, II, 1999, pp. 294-300;

AMORTH A., voce *Prezzi (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986;

BALDASSARE A., *Libertà. I. Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1988;

BASCHERINI G., BIANCHI D'ESPINOSA. L,
GIANNATTASIO. C, *La Costituzione Italiana*, Firenze, 1949;
BASSAN F., *La riforma italiana delle telecomunicazioni: profili generali*, in *Diritto del commercio internazionale*, I, 1998, pp. 26-30;

Id., *Notevole forza di mercato, ad vocem*, in *Dizionario*, I, 1999, pp. 149-155;

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001;

BIJL P. V. J., PEITZ. M, *Local loop Unbundling in Europe: Experience, Prospects and Policy Challenges*, in *Communications & Strategies*, 57, 2005, pp. 36-40;

BITETTI R., TROVATO. M, *Privatizzazioni di successo*, in *IBL Briefing Paper*, 35, 2006, pp. 36-40;

BONETTI P., *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Milano, 1983;

BOSCOLO E., *La golden share di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, IV, 2002, pp. 479-460;

Id., , *La golden shares di fronte al giudice comunitario* (Nota a Corte giust. Comunità europee, 4 giugno 2002, n. 503/99), in *Foro it.*, IV, 2002, pp. 480-485;

BREED K., *The Death of Resale?*, in *Total Telecom*, 2005, pp. 32-36;

BRUNO F., NAVA. G, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006;

CALABRIA R., voce *Telecomunicazioni* (servizi di), in *Enc. Treccani*, XXX/2, Roma, 2002;

Id., voce *Telecomunicazioni* (servizi di), in *Enc. Treccani*, XXX/2, Roma, 2002;

CANDRALL B., *Competition and CHAOS. US Telecommunications since the 1996 telecom Act*, Washington, 2005;

CAPUTI JAMBRENGI V., *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 32-40;

CARDI E., *La nozione di rete*, in *Servizi pubblici e appalti*, I, 2005, pp. 13-15;

CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962;

CASSESE V. S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969;

Id., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, pp. 579-585;

Id., VALLI. A, *Il nuovo diritto delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, I, 1997, pp. 1112-1115;

Id., *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Padova, 1999;

Id., *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI. F, CASSESESE. S (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;

Id., *La retorica del servizio universale*, in FROVA. S (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999;

Id., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, VIII, 2001, pp. 855-860;

CATTANEO S., *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990;

CAVE M. e MASON. R., *The Economics and Regulation of the Internet*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 17, 2001, pp. 855-860;

CERRI A., *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, I, 1996, pp. 785-808;

CERULLI IRELLI V., *Beni Pubblici in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987;

CHELI E., *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: bilancio di un'esperienza recente*, in *Regolazione e concorrenza*, I, 1999, p. 154;

CHIAPPETTA F., *L'organizzazione del servizio telefonico*, in *Amm. It.*, 1974, pp. 491, 632, 799;

Id., voce *Telecomunicazioni*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992;

CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995;

Id. e PISANESCHI. A, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto*, IV ed., *Disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2000;

Id., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, I, 2003, pp. 91-98;

Id., *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Archivio Ceradi - Centro per il diritto d'impresa*, 2004, pp. 15-26

Id., CARTEI. G. F, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica*, in R. PEREZ (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;

COLANGELO M., *Golden share, diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.*, IV, 2009, pp. 224-230;

CONTICELLI M., *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2001, pp. 369-410;

CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, I, 2000, p. 7;

Id., *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 29-35;

Id., *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, pp. 31-37;

COSTANZO P., *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in BONELLI F., CASSESE. S (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano;

DIAMANTI E., *Accesso e interconnessione alle reti di telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;

DE MARTINO R., *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti*, I, 2005, p. 19;

DI PORTO F., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, , Padova, 2008;

DURANTE D., MOLGIA. G. G e NICITA. A, *La nozione di Essential Facility tra Regolazione e Antitrust. La costruzione di un test*, in www.econ-pol.unipi.it/docenti/nicita, 2000;

D'ANGELO D., *La disaggregazione delle condizioni economiche nei servizi di interconnessione*, in BONELLI. F, CASSESE. S (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;

FATTORI P., TODINO. M, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004;

FLEISCHER H., Case Note on the ECJ Golden Share-Cases, in *Common Market Law Review*, 40, 2003, p. 493;

FRATTINI A., *Segnalazioni europee*, in *Beltel*, II, 2001;

FRENI E., voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Treccani*, IV, Roma, 1999;

FROVA S., *Il canone di Telecom Italia e lo strano scontro fra Cheli e Monti: una storia, tante morali*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2001, pp. 111-119;

GALGANO F., *Art. 43*, in BRANCA. G (a cura di), *Commentario Costituzione*, I, Bologna – Roma, 1982;

GALLINO D., *Il libro delle telecomunicazioni*, Roma, 1998;

GALLO E., NAVA. G, *La carrier preselection di Telecom Italia*, in *Beltel*, III, 2000, pp. 91-100;

Id., PONTAROLLO. E, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, VIII, 2006, pp. 521-545;

GIANNACCARI A., *Il caso Telecom*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, VII, 2005, pp. 201-208;

GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977;

^Id., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995;

GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituzione sulla "Costituzione economica"*, in *Diritto. Pubblico.*, I, 2000, p. 942;

GIARDA R., *Carrier preselection*, in *Beltel*, II, 2000, pp. 79-85;

GOVOSTO A., *La definizione dei mercati rilevanti nella telefonia fissa*, in PEREZ. R (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;

HERMES G., *Problemi dell'accesso alla rete*, in FERRARI. E (a cura di), *Servizi a rete in Europa*, Milano, 2000;

IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, I, 2001, pp. 464-470;

IELO D., *Gli accordi di interconnessione e le condizioni generali*, CARUSO. E (a cura di), *Il diritto privato delle telecomunicazioni*, Milano, 2000;

IRTI N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 435-440;

KAY J., *Twenty Years of Privatisation*, in www.johnkay.com/political, 2002.

LEPORELLI C., NASTASI. A e REVERBERI. P, *L'accesso e lo sviluppo di nuove infrastrutture*, in GARRONE. P e MARIOTTI. S (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001;

LUHMANN N., *Teoria politica dello Stato del Benessere*, Milano, 1983;

MACALUSO F., BERTONI. P, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in BONELLI. F, CASSESE. S, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni* (a cura di), Milano, 1999;

MACCHIATI A., *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1999–1999*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, I, 1999, pp. 447-468;

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998;

MARINI BALESTRA F., *Osservatorio sul diritto delle telecomunicazioni*, in *Giustizia amministrativa*, II, 2007, pp. 833-839;

MERUSI F., *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, III, 2000, pp. 1236-1240;

Id., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario* 2001, Milano, p. 63;

MINERVINI G., *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995;

Id., *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Riv. Comm. Int.*, I, 2007, pp. 325-330;

MORELLI P., *Privacy e comunicazioni elettroniche: le principali novità della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio*, in *diritto.it*, 2002, pp. 1-10;

MOSCA V., *Il riparto di competenze tra AGCM e AGCOM*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, III, 2013, pp. 26-30;

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001;

Id., *La patrimonio dello Stato S.p.a.*, in AIPDA, *Annuario* 2003, pp. 251-260;

OLDALLE A., PADILLA. A. J., *From State Monopoly to the “investment Ladder”: Competition Policy and the NRF*, in *Swedish*

Competition Authority The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets, 2004, pp. 71-73;

OSTI C., ROVIZZI. L, *Il Servizio universale in Italia*, in BONELLI. F, CASSESE. S (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;

Id., *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, II, 2004, p. 375;

OTTAVIANO C., *SIP - Telecom Italia. Storia*, in www.storiaindustria.it, 2008, Torino;

PEREZ R., *La negoziazione dell'accesso e dell'interconnessione*, in BONELLI F., CASSESE. S (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;

Id., *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002;

Id., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;

PEROTTI E. C., “*Credible Privatization*”, in *The American Economic Review*, IV, 1995, pp. 847-859;

PESOLE L., *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica*, I, 1990, p. 711;

PILATI A., *Introduzione*, in FROVA. S (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999;.

POTOTSHNIG U., *I servizi pubblici*, Padova, 1964;

PREDIERI A., *Le reti trans europee nei Trattati di Maastricht ed Amsterdam*, in *Dir. Un. Eur*, 1997, pp. 287-339;

QUADRI F., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;

RADICATI L. G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Tornino, 1999;

RAGUSA M., *Reti e Servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Giustizia amministrativa*, I, 2007, p. 239;

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999;

RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004

Id., *I “beni pubblici” degli enti “privatizzati”*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, p. 307;

RIFKIN J., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000;

RYAN M. H., *Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition*, in *ECLR*, vol. 24, 2003, p. 241;

SALBERINI G., *L'ITU e il settore delle telecomunicazioni satellitari*, in MARCHISIO. S (a cura di), *Lezioni di diritto aerospaziale*, Roma, 2000;

Id., voce *Telecomunicazioni* (dir. Com.), in *Enc. Treccani*, xxx/2, Roma, 2002;

SALONICO T., *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in PREDIERI. A- MORISI. M (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001;

SALTARI L., *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 18, 2008, pp. 89-272;

SANVITI G., voce *Prezzi e tariffe*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996;

SAN MAURO C., *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *astrid-online.it*, 2009;

SIRAGUSA M., CIULLO. S, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, III, 2006, pp. 514-525;

SBRESCIA V. M., *Universalità del servizio e tutela dei dati personali nella direttiva “Citizens rights” n. 2009/136/CE*, in *MC diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2011, pp. 2-10;

Id., *L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, Napoli, 2011;

SORACE D., *Servizi pubblici e (servizi economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 404;

SORRENTINO F., *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, pp. 1-20;

STIGLITZ J. F., *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1989;

Id., *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003;

TONOLETTI B., *Beni ad uso comune del mercato dei servizi a rete*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano, p. 301;

VELO D., *Diritto ed economia alla prova dell'oggettivazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, I, 2005, pp. 132-140;

Atti dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

AGCOM del. 407/99/CONS

AGCOM del. 148/01/CONS

AGCOM del. 152/02/CONS

AGCOM del. 30/05/CONS

AGCOM del. 117/05/CONS

AGCOM del. 153/05/CONS

AGCOM del. 4/06/CONS

AGCOM del. 642/06/CONS

AGCOM del. 645/06/CONS

AGCOM del. 418/07/CONS

AGCOM del. 626/07/CONS

AGCOM del. 1/98/CIR

AGCOM del. 3/99/CIR

AGCOM del. 2/00/CIR

AGCOM del. 24/01/CIR

AGCOM del. 3/03/CIR

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 1998

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 1999

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2000

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2003

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2009

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2010

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2011

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2012

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2013

AGCOM Relazione Annuale al Parlamento del 2014

